

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الملك سعود
عمادة الدراسات العليا
كلية التربية

الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة

دراسة فقهية مقارنة

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية تخصص فقه وأصوله

قسم الثقافة الإسلامية ــ كلية التربية ــ جامعة الملك سعود

إعداد الطالب

محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني

إشراف الدكتور/ إبراهيم العروان

١٤٣٥-١٤٣٦هـ

المقدمة

المقدمة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ ﴾[١].

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا ﴾[٢].

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا ۝ يُصۡلِحۡ لَكُمۡ أَعۡمَٰلَكُمۡ وَيَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدۡ فَازَ فَوۡزًا عَظِيمًا ﴾[٣].

أما بعد:

فإن الله قد أنزل شريعته كاملة قال تعالى: ﴿ ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ وَأَتۡمَمۡتُ عَلَيۡكُمۡ نِعۡمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلۡإِسۡلَٰمَ دِينٗاۚ ﴾[٤] ومبينة لحكم كل شيء قال تعالى: ﴿ وَنَزَّلۡنَا عَلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ تِبۡيَٰنٗا لِّكُلِّ شَيۡءٖ ﴾[٥] فما من نازلة إلا وفي شريعة الله لها حكم علمه من علمه وجهله من جهله وقد استجدت في هذا العصر نوازل كثيرة وخاصة في أبواب المعاملات المالية التي اختصت بالكثير من

---

[1] سورة آل عمران الآية: (١٠٢).

[2] سورة النساء الآية: (١).

[3] سورة الأحزاب الآية: (٧٠-٧١).

[4] سورة المائدة الآية: (٣) .

[5] سورة النحل الآية: (٨٩) .

المستجدات والنوازل. لذا كان لزاماً على العلماء وطلاب العلم أن يشمروا عن ساعد الجد في بحث هذه المستجدات، وبيان حكمها فهو فـرض كفايـة علـى الأمة. ومن النوازل في باب المعاملات المالية التي انتقلت إلى البلاد الإسلامية في هذا العصر الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) وهو: تقدير ملزم للتعويض سابق عن الضرر يستحق عند وقوعه ولو زاد عن قدر الضرر. والذي أصبح ـ في الغالب ـ قرين كل عقد ذي بال. وقد اهتم الباحثون والهيئات العلميـة بالشرط الجزائي وكتبت فيه بحوث عدة وكان من أهمها ما قدم لمجمع الفقـه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة المنعقدة في الفترة من ٢٥ جمادى الثانية إلى غرة رجب من عام ١٤٢١هـ.

لكن الموضوع ظل محتاجاً لمزيد من الدراسة والبيان فاستعنت بالله في اختياره ليكون موضوع رسالة الدكتوراه التي تقدمت بها لقسم الثقافة الإسلامية ـ كلية التربية ـ جامعة الملك سعود.

أسباب اختيار الموضوع:

من أبرز أسباب اختياري للموضوع ما يلي:

١- أهمية البحث في موضوعات المعـاملات المعاصـرة عمومـاً للباحـث والمجتمع.

٢- أهمية البحث في عقود المعاوضات المالية المعاصرة خصوصاً.

٣- أهمية الشرط الجزائي في هذا العصر حيث لا تكـاد تخلـو منـه عقـود المعاوضات المالية المتراخية التنفيذ التي يحتاج تنفيذها إلى زمـن ممتـد كعقود المقاولات والتوريد والصيانة.

٤- أن البحوث في الجملة بنت حكم الشرط الجزائي على الأصل الراجح فـي العقود والشروط وهو الجواز والصحة إلا ما دل الدليل على تحريمه مغفلة

بذلك كيفية الشرط الجزائي وطبيعته التعويضية وأثرها في الحكم على الشرط الجزائي. وهذا ما حاولت هذه الرسالة معالجته.

٥- أن هذه الرسالة اشتملت على دراسة عن الشرط الجزائي من الناحية القانونية أولاً لتصور المعاملة ومن ثم دراستها فقهياً والحكم عليها بناء على تصور كامل لجميع جوانبها.

٦- أن هذه الرسالة اشتملت على دراسة بعض أحكام التعويض عن الضرر مما له تعلق بالشرط الجزائي وهذا أمر مهم جداً قبل الحكم على الشرط الجزائي وهو من مميزات الرسالة.

٧- أن هذه الرسالة تضمنت أثر الشرط الجزائي في عقود المعاوضات المالية، وأثر الأعذار الطارئة على الشرط الجزائي وهو ما لم يستوف في الدراسات السابقة.

٨- أن الرسالة عرضت الخلاف في الشرط الجزائي والأدلة والمناقشة.

منهج البحث:

ألخص منهج البحث في النقاط التالية:

١- التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.

٢- قسمت البحث تقسيماً راعيت فيه ما يحقق الغرض من البحث وهو بيان طبيعة الشرط الجزائي وحكمه وأثره في عقود المعاوضات المالية المعاصرة متدرجاً في ذلك فجعلت التمهيد عن الشرط الجزائي في القانون الوضعي لفهم طبيعته القانونية ليحكم عليه بناء على فهم بحقيقته ومن ثم انتقلت إلى الباب الأول وهو في معنى الشرط الجزائي، والشروط المقترنة بالعقد، والخلاف في الأصل فيها، وأثر ذلك في الحكم على الشرط الجزائي، وطبيعة الشرط الجزائي الفقهية.

ثم الباب الثاني وفيه أفردت التعويض عن الضرر بفصل مستقل حيث إن الشرط الجزائي تعويض محدث عن الضرر ثم بعد فهم طبيعة الشرط الجزائي القانونية والفقهية والأصل في الشروط انتقلت إلى الحكم على الشرط الجزائي وأثره إجمالاً. ثم عقدت فصلاً عن الوفاء بالشرط الجزائي وأثر الأعذار الطارئة عليه.

ثم الباب الثالث جعلته في أثر الشرط الجزائي على عقود المعاوضات المالية المعاصرة تفصيلاً وقدمت له بفصل عن معنى العقد، وأقسامه، ومدى حرية العاقدين في إنشاء العقود واشتراط الشروط، والعقود التي يدخلها الشرط الجزائي وموضعه منها.

٣- أصور المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً ليتضح المقصود من دراستها.

٤- إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليلها.

٥- إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع ما يلي:

أ- تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف وبعضها محل اتفاق.

ب- ذكر الأقوال في المسألة.

ج- توثيق الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه.

د- استقصاء الأدلة مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها.

هـ- الترجيح مع بيان سببه.

٦- العناية بضرب الأمثلة.

٧- بيان الخلاف في المسائل التي ترد عرضاً في متن البحث وليس لها علاقة بأصل موضوع البحث وذلك بالاقتصار على ذكر الأقوال في المسألة في الهامش لدفع توهم الاتفاق فيها.

٨- أقتصر على المذاهب الأربعة إلا في بعض المسائل التي يكون ذكر قول الظاهرية مهماً فأذكره.

٩- ترتيب المراجع عند الحديث عن آراء المذاهب يكون بأقدمها فأولها الحنفي وآخرها الحنبلي أما إذا كان المذكور قاعدة أو ضابطاً فقهياً مثلاً فلا يراعى هذا الترتيب، بل يراعى المنقول منه نصاً، فالأقرب معنى وهكذا.

١٠- الإشارة إلى رأي القانون في بعض المواضع خارج التمهيد القانوني عند الحاجة إلى ذلك لأن أصل المعاملة قانوني.

١١- ترقيم الآيات وبيان سورها.

١٢- تخريج الأحاديث وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها، إن لم يكن في الصحيحين، أو أحدهما فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذٍ بتخريجها.

١٣- التعريف بالمصطلحات وشرح الغريب.

معنى بعض مصطلحات العنوان:

١- العقود: المراد عقود المعاوضات المالية.

٢- المعاصرة: المراد الحديثة كعقود التوريد والمقاولات والصيانة والاعتمادات المستندية ونحوها ولا يعني ذلك إغفال العقود المعروفة عند الفقهاء قديماً كعقود الاستصناع والإجارة ونحوها وإنما المقصود أن التركيز سيكون على العقود الحديثة لأن الشروط الجزائية تكثر فيها.

خطة البحث:

جعلت البحث ــ للحصول على النتيجة المرجوة ــ في مقدمة وتمهيد وثلاثة أبواب وخاتمة. تفصيلها كما يلي: ــ مقتصراً على الفصول والمباحث اختصاراً ــ.

المقدمة.

التمهيد: في الشرط الجزائي في القانون الوضعي ويشتمل على أربعة مباحث هي كالتالي:

المبحث الأول: معنى الشرط الجزائي وأسماؤه.

المبحث الثاني: نشأته وطبيعته.

المبحث الثالث: الأسباب الداعية إليه ومميزاته.

المبحث الرابع: أنواعه وصوره.

الباب الأول: في معنى الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي ويشتمل على ثلاثة فصول هي:

الفصل الأول: في معنى الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي ويشتمل على ثلاثة مباحث هي كالتالي:

المبحث الأول: تعريف الشرط والجزاء.

المبحث الثاني: أقسام الشرط.

المبحث الثالث: معنى الشرط الجزائي ونشأته في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: في الشروط المقترنة بالعقد والأصل فيها ويشتمل على سبعة مباحث هي كالتالي:

المبحث الأول: معنى الشروط المقترنة بالعقد والفرق بينها وبين الشروط التعليقية.

المبحث الثاني: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الحنفية.

المبحث الثالث: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند المالكية.

المبحث الرابع: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الشافعية.

المبحث الخامس: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الحنابلة.

المبحث السادس: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الظاهرية.

المبحث السابع: أسباب الاختلاف، والأصل في الشروط المقترنة، وأثره في الحكم على الشرط الجزائي.

الفصل الثالث: في طبيعة الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي ويشتمل على سبعة مباحث هي كالتالي:

المبحث الأول: المعاني التي يتضمنها الشرط الجزائي.

المبحث الثاني: الضمان والشرط الجزائي.

المبحث الثالث: الكفالة والشرط الجزائي.

المبحث الرابع: الرهن والشرط الجزائي.

المبحث الخامس: العربون والشرط الجزائي.

المبحث السادس: العقوبة بالتعزير المالي والشرط الجزائي.

المبحث السابع: الرأي المختار في التكييف الفقهي للشرط الجزائي.

الباب الثاني: في حكم الشرط الجزائي وأثره والوفاء به ويشتمل على ثلاثة فصول هي كالتالي:

الفصل الأول: في التعويض عن الضرر ويشتمل على أربعة مباحث هي كالتالي:

المبحث الأول: معنى الضرر وأنواعه.

المبحث الثاني: معنى التعويض وضابطه.

المبحث الثالث: الضرر الذي يعوض عنه.

المبحث الرابع: كيفية التعويض ووقت تقديره.

الفصل الثاني: في حكم الشرط الجزائي وأثره ويشتمل على ثلاثة مباحث هي كالتالي:

المبحث الأول: الشرط الجزائي في الديون.

المبحث الثاني: حكم الشرط الجزائي في غير الديون

المبحث الثالث: آثار الشرط الجزائي.

الفصل الثالث: في الوفاء بالشرط الجزائي وأثر الأعذار الطارئة ويشتمل على مبحثين هما كالتالي:

المبحث الأول: الوفاء بالشرط الجزائي.

المبحث الثاني: الأعذار الطارئة على العقود وأثرها في الشرط الجزائي.

الباب الثالث: في الشرط الجزائي والعقود المعاصرة ويشتمل على فصلين هما كالتالي:

الفصل الأول: في معنى العقد وأقسامه ومدى حرية العاقدين ويشتمل على أربعة مباحث هي كالتالي:

المبحث الأول: معنى العقد والفرق بينه وبين الالتزام والتصرف.

المبحث الثاني: أقسام العقود.

المبحث الثالث: مدى حرية العاقدين في إنشاء العقود واشتراط الشروط.

المبحث الرابع: عقود المعاوضات المالية التي يدخلها الشرط الجزائي وموضعه منها.

الفصل الثاني: في الشرط الجزائي في عقود المعاوضات المالية المعاصرة وأثره فيها ويشتمل على أربعة مباحث هي كالتالي:

المبحث الأول: الشرط الجزائي في عقود الديون المعاصرة.

المبحث الثاني: الشرط الجزائي في عقود الإجارة والاستصناع.

المبحث الثالث: الشرط الجزائي في العقود المستحدثة المختلطة.

المبحث الرابع: الغرامات المالية في العقود الإدارية.

الخاتمة.

ولا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بالشكر الوافر لجامعة الملك سعود، وكلية التربية، وقسم الثقافة الإسلامية، ولجميع الأساتذة الفضلاء الذين تتلمذت على أيديهم أثناء دراستي في القسم.

وأخص منهم سعادة الدكتور إبراهيم العروان المشرف على الرسالة الذي بذل جهوداً مشكورة وتوجيهات سديدة أتاح لي فيها باب الحوار والمناقشة في تواضع جم قل نظيره مما ساهم بعد توفيق الله في تنمية ملكتي الفقهية والأخذ بيدي للوصول إلى المستوى المأمول في هذا البحث أسأل الله أن يجزل له المثوبة وأن يوفقه في دنياه وآخرته وأن يسدد خطاه.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر لكل من ساعدني في هذا البحث وفقهم الله جميعاً وجزاهم خيراً.

وبعد فهذا البحث لم آل جهداً في إعداده فإن أصبت فمن الله وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان وأستغفر الله.

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين وسلم تسليماً كثيراً.

التمهيد

الشرط الجزائي في القانون الوضعي

ويشتمل على أربعة مباحث هي:

المبحث الأول: معنى الشرط الجزائي وأسماؤه

المبحث الثاني: نشأته وطبيعته

المبحث الثالث: الأسباب الداعية إليه ومميزاته

المبحث الرابع: أنواعه وصوره

التمهيد

الشرط الجزائي في القانون الوضعي

سجلت القوانين الوضعية أسبقية في وضع نظام متكامل للشرط الجزائي، من حيث بيان معناه، وطبيعته، وكيفيته، وخصائصه، وشروط استحقاقه، وآثاره، ومدى سلطة القاضي في تعديله إلى غير ذلك من الأحكام، وكان مرجع ذلك إلى تقدم ظهوره في البلاد الغربية ومنها انتقل إلى البلاد العربية لذا كان لزاماً علي قبل بيان أحكام الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي أن أمهد بالحديث عنه في القانون الوضعي لتتضح صورته كاملة حتى يتسنى بعد ذلك الحكم عليه إذ الحكم على الشيء فرع عن تصوره وفهم النازلة نصف الاجتهاد.

المبحث الأول
معنى الشرط الجزائي وأسماؤه

المطلب الأول: معنى الشرط الجزائي:

اختلفت تعريفات الشرط الجزائي في القانون الوضعي تبعاً لاختلاف المعرف ــ بكسر الراء ــ فتعريف القانون للشرط الجزائي كمادة من المواد يختلف عن تعريف شراح القانون والمجتهدين في ضوئه، فالتعريف الموضوع كمادة من المواد يظل قاصراً عن بيان حقيقة الشرط الجزائي، لأنه إنما وضع مسايرة للاجتهاد في وقت وضعه خلافاً لتعريفات الشراح.

كذلك اختلفت التعريفات بناء على الاختلاف في طبيعة الشرط الجزائي وتكييفه، وشروط استحقاقه، والهدف منه، ومدى سلطة القاضي في تعديله[١] وأستعرض فيما يلي بعض التعريفات[٢].

أولاً: تعريفات مواد القانون للشرط الجزائي:

١- نصت المادة (١٢٢٦) مدني فرنسي على أن الشرط الجزائي هو (ذاك الذي بموجبه يحدد الفريقان المتعاقدان بذاتهما وبصورة جازمة مقدار الأضرار المتوجبة الأداء في حال عدم التنفيذ)[٣].

---

[1] انظر موسوعة العقود المدنية والتجارية إلياس ناصيف ٢٦٩/٤-٢٩٨-٣٢٧، وتعويض الضرر في المسؤولية المدنية إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص٥٠٩-٥١٠، والوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٨٥٦/٢-٨٥٧ ، والبند الجزائي في القانون المقارن إلياس ناصيف ص١٢٢-١٢٣.

[2] لن أبسط الحديث عن التعريفات بالشرح والتوضيح وذكر المحترزات، لأن المقصود هو إعطاء تصور عن معنى الشرط الجزائي في القانون الوضعي.

[3] البند الجزائي في القانون المدني لطلال المهتار ص٤٩ ، وموسوعة العقود لناصيف ص٢٧١.

٢- ونصت المادة (١٢٢٩) مدني فرنسي على تعريف الشرط الجزائي بأنـــه: (تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيــذ الالتــزام الأصلي)[١].

وقد انتقد التعريف الأول بأنه عام وناقص إذ اقتصر على حالـــة عـــدم التنفيذ[٢].

وانتقد الثاني بشدة من قبل مجتهدي القانون، لأنه قصر التعويض علـــى حالة وقوع الضرر وهذا يخالف المادة (١١٥٢) مدني فرنسي والتي بمقتضاها يمكن للمشترط الحصول على التعويض المشترط في حالة الإخلال ولـــو لـــم يحصل ضرر[٣] وهذا الأمر يظهر مدى الخلاف والتردد الذي وقع فيه القانون الفرنسي وشراحه حول طبيعة الشرط الجزائي[٤].

ولم تقع القوانين العربية في الجملة ـــ وعلى رأسها القانون المصري ـــ فيما وقع فيه القانون الفرنسي فأحجمت عن تعريف الشرط الجزائي في موادها المنظمة لأحكامه لفتح المجال أمام الاجتهاد في أحكام الشرط الجزائي[٥].

ثانياً: تعريفات شراح القانون للشرط الجزائي:

يوجد عدة تعريفات، وبينها تباين كبير في تحديد طبيعة الشرط الجزائي وهي في جملتها تعد تصوراً يمثل وجهة نظر المعرف وليس حداً ســـالماً مـــن

---

(1) البند الجزائي للمهتار ص٣٣ ، والشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري نجاري عبد الله ص٧.

(2) انظر البند الجزائي للمهتار ص٤٩ ، والشرط الجزائي للرويشد ص٤٧.

(3) انظر الشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص٧ ، والشرط الجزائي للرويشد ص٤٨.

(4) انظر الوسيط للسنهوري ٨٥٦/٢ ، وتعويض الضرر لأبي الليل ص٥٠٩ ، وموسوعة العقود لناصيف ص٣٢٧، والوافي في شرح القانون لسليمان مرقس ١٨١/٤ ، والبند الجزائي في القانون المقارن لناصيف ص١٢٣.

(5) انظر الشرط الجزائي للرويشد ص٤٨، والشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص٨.

الاعتراضات وهذا ما حدا بالسنهوري إلى عدم تعريف الشرط الجزائي في الوسيط[1] لذلك سأكتفي بذكر بعضها مما يغني عن غيرها فيما يلي:

١- تعريفات الغربيين:

أ- عُرف بأنه: (ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ، أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه، أو لتأخره في تنفيذه)[2]

ب- وعُرف بأنه: (اتفاق تبعي للاتفاق، بمقتضاه يتفق الأطراف على مبلغ من النقود يدفعه المدين في حالة عدم التنفيذ)[3]

ويلاحظ اتفاق التعريفين في تأكيد عدم اختصاص الشرط الجزائي بالتعويض عن الضرر وهذا يتفق مع الاتجاه الفرنسي في عدم ربط الشرط الجزائي بالضرر.

إضافة إلى الطابع العقابي الذي أبرزه التعريف الأول للشرط الجزائي بقوله (كجزاء). كما أن التعريف الثاني اقتصر على حالة عدم التنفيذ فقط.

٢- تعريفات القانونيين العرب:

أ- عرف بأنه: (اتفاق بين الطرفين يحدد مقدماً مقدار التعويض الذي يجب على المدين أن يدفعه إلى دائنه في حالة عدم تنفيذ التزامه، أو تأخره في تنفيذه)[4]

---

(1) ص٢ ص٨٥١.

(2) البند الجزائي للمهتار ص٤٨ ، والشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص٩.

(3) الشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص١٠.

(4) انظر الموجز في شرح القانون المدني ــ أحكام الالتزام ــ لعبد المجيد الحكيم ٤٠/٢ وعرفه بقريب منه كل من أنور سلطان في النظرية العامة للالتزام ٧٦/٢ وعبد المنعم البدراوي في النظرية العامة للالتزامات ٨٠/٢ وحسن الذنون في النظرية العامة للالتزامات ص٣٥٣ ، وجورج خليل في آثار الموجبات وسقوطها ص٣٤ ، وجلال العدوي في أحكام الالتزام ص١٤٠ ، ومنير قزمان في التعويض المدني ص١٠٥ ، وتوفيق حسن فرج في النظرية العامة للالتزام ٣٩/٢ ، وأحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام في القانون المدني ص٤٤٢ وجميل الشرقاوي في النظرية العامة للالتزام ٥٦/٢.

ويؤخذ عليه قصر الشرط الجزائي على المدين دون الدائن وعلى الـدين دون غيره من العقود وعلى حالة عدم التنفيذ والتأخر فيه دون حالة التنفيذ الجزئـي والمعيب[1].

ب- وعرف بأنه (التعويض الذي يشترطه العاقدان في العقد ويقررانه بنفسهما عند عدم القيام بتنفيذ الموجب أو حصول التأخير في الوفاء)[2].

ويؤخذ عليه اقتصاره على حالة عدم التنفيذ والتأخر في التنفيذ وكـذلك حصر الشرط الجزائي بالعقد رغم أنه يجوز بعده وقبل الضرر[3].

ويؤخذ على التعريفين عدم ربط التعويض بالضرر ممـا يـوهم عـدم اشتراط الضرر[4].

---

(1) انظر الوسيط للسنهوري ٢/٨٧٠-٨٧١.

(2) شرح قانون الموجبات والعقود لزهدي يكن ١٣٥/٥.

(3) انظر الوسيط للسنهوري ٨٥١/٢ ، وموسوعة العقود المدنية لناصيف ٢٦٤/٤ ، والنظرية العامة للالتزام توفيق حسن فرج ٣٩/٢ والمادة (٢٢٣) مدني مصري والمادة (٣٦٤) مدني أردني والمادة (٣٠٢) مدني كويتي والمادة (٣٩٠) مدني إماراتي، وأصول الالتزام في القانون المدني الكويتي بدر اليعقوب ص٣٥٢ ، والبند الجزائي في القانون المقارن الياس ناصيف ص١١.

(4) الضرر أحد شروط استحقاق الشرط الجزائي في القانون الوضعي فلا يستحق الشرط الجزائي إذا ثبت عدم الضرر، بل يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض الثابت بالشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه، أو تعديله إذا كان أقل من الضرر وذلك مراعاة للضرر وهذا ما نصت عليه المادة (٢٢٤) مدني مصري والمادة (٣٠٣) مدني كويتي والمادة (٣٩٠) مدني إماراتي، والمادة (٣٦٤) مدني أردني والمادة (٢٢٤) مدني سوري والمادة ١/١٧٠ مدني عراقي والمادة (٢٢٦) مدني ليبي انظر الوسيط للسنهوري ٨٦٧/٢ والبند الجزائي في القانون المقارن لناصيف ص٢٤-٢٥ أما القانون اللبناني فرغم نص المادة (٢٥٩) و (٢٢٦) على أن التعويض بالشرط الجزائي مرتبط بالضرر إلا أن الاجتهاد اللبناني فتح الباب أمام استحقاق الشرط الجزائي بمجرد الإخلال وأنه لا داعي لإثبات الضرر انظر موسوعة العقود المدنية والتجارية لناصيف ٣٢٦/٤ وما بعدها، وهو بهذا يتبع الاجتهاد الفرنسي انظر موسوعة العقود المدنية التجارية لناصيف ٣٢٧/٤ وبهذا يعتذر لزهدي يكن.

ج- وعُرف بأنه: (اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين ــ يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود ــ في حالة إخلاله بالتزام أصلي مقرر في ذمتــه، أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي جزاء له على هذا الإخلال أو التأخير وتعويضاً للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك)[١].

د- وعُرف بأنه: (اتفاق الطرفين مسبقاً في العقد، أو في عقد لاحق يكمله على مقدار التعويض عن الضرر الواقع عن الإخلال بتنفيذ الالتزام على أن يتم هذا الاتفاق قبل وقوع الإخلال بالتنفيذ)[٢].

المطلب الثاني: أسماؤه:

تعددت أسماء الشرط الجزائي في القانون نتيجة للاختلاف فــي تحديــد طبيعته ومن ذلك ما يلي:

١- من رجح أنه مجرد اتفاق ملزم أطلق عليه اسم (البند الجزائي) أو (التعيين بالاتفاق) أو (التعيين الاتفاقي)[٣] وعبارة (البند الجزائي) هي المستعملة في القانون الفرنسي[٤]. واعتمدها القانون اللبناني في المادة (٢٦٦) ورجحهــا شراح القانون اللبناني[٥].

---

(1) الوافي في شرح القانون المدني لسليمان مرقس ١٧٧/٤.

(2) النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني لمنذر فضل ٧٣/٢.

(3) انظر البند الجزائي في القانون المدني للمهتار ص٤٠ ، وموسوعة العقود المدنية لناصيف ٢٦٣/٤ وشرح قانون الموجبات والعقود لزهدي يكن ١٣٤/٥، والكامل في شرح القانون المدني لموريس نخلة ٨١/٤، والبند الجزائي في القانون المقارن لناصيف ص١٩، والنظرية العامة للموجبات والعقود لمحمصاني ص٤٦٩.

(4) انظر البند الجزائي في القانون المدني للمهتار ص١٣-٣٣، والوجيز في النظرية العامة للالتزامات محمود جمال الدين زكي ص٨٤٧.

(5) انظر الكامل في شرح القانون المدني لموريس نخلة ٨١/٤، وموسوعة العقود لناصيف ٢٦٣/٤ ، وشرح قانون الموجبات والعقود لزهدي يكن ١٣٤/٥، والنظرية العامة للموجبات والعقود للمحمصاني ص٤٦٩.

٢- ومن رجح أنه تعويض عن الضرر أطلق عليه (التعويض الاتفاقي) وهو ما نص عليه القانون المصري في المادة (٢٢٤)[١]. وسار عليها أكثر شراح القانون المصري ومن تبعهم[٢].

٣- ومن رجح انه جزاء وعقوبة فضل عبارة (الجزاء الاتفــاقي، أو الجــزاء التعاقدي، أو الجزاء الإيصائي)[٣].

لكن يظل اسم (الشرط الجزائي) هو الأشهر ورجحه القضاء القــانوني وجرى به العرف[٤] وهو الاسم التأريخي لهذه المعاملة حيــث كــان القــانون الروماني يطلق عليها هذا الاسم[٥] بل إن من يُعنــون (بــالتعويض الاتفــاقي) وغيره لابد في الغالب أن يقرنه باسم الشرط الجزائي ثم إذا بدأ الشرح اقتصر على استعمال الشرط الجزائي[٦]. واسم (الشرط الجزائي) أدل على الإلزام الذي تتميز به هذه المعاملة، لهذه الأمور رجحت تــسمية هــذا البحــث (بالــشرط الجزائي) وعموماً فلا أثر في القانون للاختلاف في التسمية علــى اســتحقاق الشرط الجزائي فيصح بأي عبارة، أو لفظ[٧].

---

(1) انظر الوسيط للسنهوري ٨٥٧/٢ ، والوافي في شرح القانون المدني لمرقس ١٨١/٤.

(2) انظر الوسيط للسنهوري ٨٥١/٢ ، والوافي في شرح القانون لمرقس ١٧٧/٤، والتعويض المدني لمنيرقزمان ص١٠٥، وتقدير التعويض بين الخطأ والضرر لمحمد إبراهيم دسوقي ص٣٠٣، والنظرية العامة للالتزام توفيق حسن فرج، ٣٩/٢ ، وأصول الالتزام في القانون المدني الكويتي لبدر اليعقوب ص٣٥٢ ، والجوانب القانونية لمحمد دسوقي ص١٦٦ ، وأحكام الالتزام لعبد الودود يحيى ص٢٥، والنظرية العامة للالتزام أنور سلطان ٧٥/٢ ، ودروس في نظرية الحق ومصادر الالتزام لمصطفى الجارحي ص٦٨.

(3) انظر الموجز في شرح القانون المدني ــ أحكام الالتزام ــ عبد المجيد الحكيم ٤٠/٢ وما بعدها.

(4) انظر الشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص١٩، والشرط الجزائي للرويشد ص٥٤.

(5) انظر الشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص١٩ ، البند الجزائي في القانون المقارن لناصيف ص١٩.

(6) انظر الوسيط للسنهوري ٨٥١/٢ ، والوافي لمرقس ١٧٧/٤ ، والنظرية العامة للالتزام توفيق فرج ٣٩/٢.

(7) انظر تعويض الضرر لأبي الليل ص٤٠٦-٤٠٧ والبند الجزائي في القانون المقارن لناصيف ص٢٦، وموسوعة العقود المدنية والتجارية لناصيف، ص٢٧٠.

المبحث الثاني
نشأته وطبيعته

المطلب الأول: نشأته:

يعود تأريخ الشرط الجزائي إلى بعض القوانين الوضعية القديمة ثم تطور شيئاً فشيئاً إلى أن وصل إلى ما هو عليه في القوانين الحديثة لذلك لابد من الحديث عنه في القوانين القديمة أولاً، ثم في الحديثة ثانياً.

أولاً: الشرط الجزائي في القوانين القديمة:

أ- في القانون البابلي:

لم يعرف القانون البابلي الشرط الجزائي لا باسمه، ولا بصورته الموجودة في الوقت الحاضر ولكن لما كانت العقود غير ملزمة في القانون البابلي لجأوا إلى تضمين عقود البيع، والنكاح شرطاً هو عبارة عن عقوبة مالية لمن يرجع عن العقد، فاعتبر هذا بداية لما يعرف بالشرط الجزائي[1].

ب- في القانون الإغريقي:

كان اليونانيون والإغريق ينصون في عقودهم المالية على عقوبة مالية على من يخل بالتزامه والهدف منها إجبار المدين على تنفيذ التزامه وكانوا أحراراً في قدر تلك العقوبة ولم يكونوا مقيدين بحد معين ولم تكن القوة القاهرة تعفي المدين من دفع الغرامة المالية وكان يمكن للقاضي الجمع بين تنفيذ العقد وإيقاع العقوبة المالية على المدين[2].

---

[1] انظر شريعة حمورابي لعباس العبودي ص١٧٠، ودراسات في تاريخ الحقوق لشفيق الجراح ص٢٢٥ والطلاق في شريعة حمورابي مقال في مجلة العربي الكويتية العدد ١٧٣ صفر ١٣٩٣هـ ص١٣٤-١٣٦-١٣٧.

[2] انظر الشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص٢٠-٢١.

ج- في القانون الروماني:

بدأ اسم الشرط الجزائي بالظهور في القانون الروماني لكنه كان يتسم بطابع عقابي إذ كان المدين المخل بالتزامه يعد مجرماً يستحق العقاب لذلك كانوا يضمنون عقودهم[١] عقوبات مالية تلحق بالمدين في حالة إخلاله بالعقد وهذا يرجع إلى رغبتهم في الإلزام بالعقود التي لم تكن ملزمة بمجرد الاتفاق عندهم، فلم يكن الشرط الجزائي يقصد به التعويض عن الضرر، وإنما الالتزام بالعقد وعقوبة المخالف[٢].

د- القانون الكنسي:

بدأ ظهور الشرط الجزائي، كتعويض عن الضرر في القانون الكنسي فأعطى بعض مفكريه سلطة للقاضي في تعديل الشرط الجزائي بالزيادة إذا كان أقل من الضرر، وبالإنقاص إذا كان مبالغاً فيه ويرجع هذا التطور في القانون الكنسي إلى تحريمه للربا وبناء عليه لم يجز الشرط الجزائي إذا كان موضوع العقد نقوداً، لأنه سيؤدي إلى الربا المحرم عندهم، وللاحتيال على ذلك قرروا أن يكون الشرط الجزائي في مجال النقود تعويضاً عن الضرر، فإذا وقع على الدائن ضرر بسبب مماطلة المدين استحق الشرط الجزائي وإلا لم يستحقه،

---

(1) انظر موسوعة العقود المدنية لناصيف ص٢٦٥، وتعويض الضرر لأبي الليل ص٤٠٤ ، والبند الجزائي للمهتار ص٤٠-٤١ ، والبندر الجزائي في القانون المقارن لناصيف ص١٩ ، وشرح قانون الموجبات والعقود لزهدي يكن ١٣٦/٥.

(2) انظر موسوعة العقود لناصيف ص٢٦٥، وتعويض الضرر لأبي الليل ص٤٠٤ ، والبند الجزائي في القانون المدني للمهتار ص٤٠-٤١ ، والبند الجزائي في القانون المقارن لناصيف ص١٩ ، وشرح قانون الموجبات لزهدي يكن ١٣٦/٥.

وكان حراماً، أما إذا لم يكن المجال نقوداً فأجازوا الشرط الجزائي حتى ولو تجاوز مقدار الضرر لأنه عقوبة للمخطئ[١].

هـ- في القانون الفرنسي القديم:

انتقل الشرط الجزائي من القانون الروماني إلى الدول المتأثرة به وعلى الأخص فرنسا التي كان الشرط الجزائي في قانونها القديم عبارة عن عقوبة تلحق بالمدين المخل بالتزامه لذلك أجازوا للقاضي تخفيض الجزاء لصالح المدين إذا كان يفوق الضرر الحقيقي دون زيادته لمصلحة الدائن ولو كان أقل من الضرر الذي لحق به[٢] .

ثانياً: الشرط الجزائي في القوانين الحديثة:

أ- في القانون الفرنسي الحديث:

أخذ القانون الفرنسي الحديث في البداية بوجوب ثبات الشرط الجزائي وعدم جواز التدخل لزيادته، أو نقصانه وعدم ارتباط الشرط الجزائي بالضرر الواقع فمجرد الإخلال يؤدي إلى استحقاق الشرط الجزائي إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، وأن العقد شريعة المتعاقدين، ولكن نتيجة للظلم الواقع من الدائنين على المدينين عن طريق وضع شروط جزائية مجحفة بحقهم تخلوا عن فكرة أن العقد شريعة المتعاقدين عملياً إذ عدل القانون في سنة ١٩٧٥م بحيث أجاز للقاضي التدخل بتعديل الشرط الجزائي بالزيادة والنقصان عند الحاجة إلى ذلك دون النص على اشتراط الضرر مما أدى إلى اختلاف الاجتهاد والقضاء

---

(1) انظر الشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص٢٨-٢٩.

(2) انظر البند الجزائي للمهتار ص٤١-٤٢ ، والبند الجزائي لناصيف ص٢٠.

واضطرابه في تفسير التعديل، فذهب بعضهم إلى اشـــتراط وقـــوع الـــضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، وذهب آخرون إلى استحقاقه دون وقوع الضرر.[1]

ب- في القوانين العربية الوضعية:

نقلت القوانين العربية الوضعية فكرة الشرط الجزائي عن القـوانين الغربية ــ خاصة القانون الفرنسي ــ لكنها افترقت في مدى التأثر بما قـرره القانون الفرنسي فكان أكثرهم تأثراً به القانون اللبناني الذي وإن نـص علـى

---

[1] انظر البند الجزائي للمهتار ص٤٣-٤٤ ، وتقدير التعويض لمحمد دسوقي ص٣٠٤ والبند الجزائي لناصيف ص٢١-٢٢ ، والشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص٧٩-١٢٢-١٢٣ ، وموسوعة العقود المدنية والتجارية لناصيف ص٢٦٧-٢٦٨.

وقد بين إلياس ناصيف أن عدم اشتراط الضرر هو ما استقر عليه الاجتهاد الفرنسي انظر البند الجزائي ص١٢٣ وموسوعة العقود المدنية والتجارية ص٣٢٧ كذلك ذكر سليمان مرقس أن هذا هو الذي أخذت به المحاكم الفرنسية انظر الوافي في شرح القانون المدني ص١٨٦. والذي يظهر أن سبب اضطراب القانون الفرنسي وشراحه يعود إلى التعارض الواضح بين رغبتهم الأكيدة في الأخذ بمبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين ــ النابع من السلطة المطلقة لإرادة المتعاقدين في إنشاء العقود واشتراط الشروط دون ضوابط أو حدود والمسمى في القانون بمبدأ سلطان الإرادة والذي تركته كثير من القوانين الوضعية بعد أن رأت فداحة أضراره ــ وبين ما وقع من استبداد وظلم بحق الطرف الضعيف في العقود عن طريق الشروط الجزائية المجحفة التي يضعها الطرف الأقوى ولاشك أن هذا دليل على قصور العقل البشري ونقصه. وقد انتقد توليبه ــ وهو أحد رجال القانون الفرنسي في القرن الثامن عشر. انظر الشرط الجزائي في القانون الجزائري ص٣١ ــ تناقض القانون الفرنسي بقوله: (إنه لاجتهاد عجيب أن يسمح للقاضي بأن يخرق الاتفاق متذرعاً بعذر تحقيق العدالة كما لو كان غير مسموح للفرقاء بأن يشترطوا جزاءً يفوق الموجب البدائي في حين أنه بإمكانهم اشتراط مبلغ ما تحت شرط حصول حادث طارئ ليس من شأنه إلحاق أي ضرر بهم) البند الجزائي للمهتار ص٤٢.

ويقول إلياس ناصيف واصفاً قواعد القانون وخاصة (أن العقد شريعة المتعاقدين): (لا يقف تطور العقود عند حد بل يستمر باستمرار تطور الإنسان وما على المشترع ــ أي المشرع ــ إلا مواكبة النشاط الإنساني بقواعد رادعة من جهة ومنظمة من جهة أخرى وهذا ما يؤدي إلى تعديل مسار التشريع وربما قلبه رأساً على عقب ووقوفه أمام القاعدة الكلاسيكية القائلة بأن العقد شريعة المتعاقدين وما إذا كانت هذه القاعدة ما تزال على ثبوتها وصمودها أم أنها بدأت تتزعزع أمام التفاوت بين أوضاع المتعاقدين لتصبح حرية التعاقد أداة يستعملها الفريق القوي للسيطرة على الفريق الضعيف واستغلاله وإلحاق الغبن به. ومن الخطأ الذريع التسليم بثبات القواعد التشريعية، ومن الحكمة القبول بتطورها مهما بدت للوهلة الأولى عادلة ومحقة ومؤدية إلى تحقيق الثبات والاستقرار) البند الجزائي ص٧.

اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي في المـواد ٢٥٩-٢٦٦ إلا أن مـا استقر عليه القضاء والاجتهاد هو عدم اشتراط إثبات الضرر، وأنـه يـستحق بمجرد الإخلال بالعقد وإن أجازوا تدخل القاضي لتعديله في حالات استثنائية[١].

وأما القانون المصري فاستقر الأمر أخيراً على تأكيد الصفة التعويضية للشرط الجزائي، فربط بينه وبين وقوع الضرر وأعطى القاضي سلطة لتعديله ليتناسب مع الضرر الواقع بحيث تكون الزيادة في مقدار التعويض إن وقعـت زيادة غير فاحشة وذلك في المواد (٢٢٣-٢٢٤-٢٢٥) وتبعه في ذلك أكثـر القوانين العربية الوضعية كالقانون السوري في المادة (٢٢٤) والعراقـي فـي المادة (١/١٧٠) والليبي في المادة (٢٢٦)[٢] والجزائري في المادة ١/١٨٤[٣] بل وأعطى القانون الأردني ـــ رغبة منه في تأكيد العدل، وأنه مـستمد مـن الشريعة الإسلامية ـــ للقاضي في حالة الشكوى سلطة فـي تعـديل الـشرط الجزائي ليساوي الضرر تماماً وذلك في المادة (٣٦٤) وحذا حذوه قانون دولة الإمارات في المادة (٣٩٠)[٤].

---

(1) انظر البند الجزائي لناصيف ص٢٣-١٢٣-١٢٤-١٢٩-١٣٠ ، وشرح قانون الموجبات والعقود لزهدي يكن ١٤٠/٥-١٤١، وانتقد السنهوري القانون اللبناني في عدم التوافق بين نصوصه والاجتهاد والقضاء في ضوئه حيث يقول: (هذا ويصعب التوفيق في تقنين كالتقنين اللبناني يبيح للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إذا وجده فاحشاً بين هذا المبدأ ومبدأ عدم اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي فإنه إذا جاز تخفيض الشرط الجزائي حتى يجعل متناسباً مع الضرر فأولى ألا يستحق أصلاً إذا كان الضرر غير موجود) الوسيط للسنهوري ٨٦٩/٢.

(2) انظر الوسيط للسنهوري ٨٥٣/٢-٨٥٤-٨٥٧ ، والبند الجزائي لناصيف ص٢٣-٢٤ وتقدير التعويض لمحمد دسوقي ص٣٠٤ وتعويض الضرر لأبي الليل ص٥١١ ، والتعويض المدني لقزمان ص١٠٧-١٠٨ ، والوافي في شرح القانون المدني لمرقس ص١٨٧-١٨٨ ، وموسوعة القضاء لعبد المعين جمعة ١٩٠/٢.

(3) انظر الشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص٩١-٩٢.

(4) انظر البند الجزائي لناصيف ص٢٤.

أما القانون الكويتي فكان له موقف يسجل له إذ قرر في المـــادة (٣٠٢) و(١/٣٠٥) أن الشرط الجزائي لا يدخل على العقود التي محل الالتزام فيهـــا مبلغاً من النقود، لأنه في هذه الحالة فائدة ربوية، والقانون الكويتي أبطل الاتفاق على الفوائد ونص المادة (٣٠٢) هو: (إذا لم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدماً التعويض في العقد، أو فـــي اتفـــاق لاحـــق) وأضافت المادة (١/٣٠٥) قائلة: (يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به)[1]

المطلب الثاني: طبيعة الشرط الجزائي وتكييفه القانوني:

يمكن أن نستخلص من العرض السابق أن القوانين اختلفت حول طبيعته وكيفيته إلى أربعة أقوال:

١- أنه عقوبة خاصة وهذا ما كان عليه حال الشرط الجزائـــي فـــي القـــانون الروماني.

٢- أنه تعويض اتفاقي احتمالي جزافي له بعض آثار العقوبة يجوز أن يزيـــد عن قدر الضرر المتوقع زيادة غير فاحشة وبه أخذ القانون المصري وتبعه أكثر القوانين والأنظمة العربية[2].

---

[1] انظر القانون الكويتي ــ مجموعة الأعمال التحضيرية ــ جمع وترتيب أحمد صفاء الدين العطيفي ١٠٥٥/٣-١٠٦٢ وأصول الالتزام في القانون الكويتي لبدر اليعقوب ص٣٥٢.

[2] بين الدكتور إبراهيم أبو الليل آثار العقوبة في هذه الكيفية القانونية بقوله: (فالصفة الجزائية ــ أي العقابية ــ للشرط الجزائي هي إذن صفة استثنائية غير مقصودة بذاتها قد تتحقق عرضاً وبقدر محدود وفق الشروط والقيود التي حددناها وهي تنتج عن التنظيم القانوني للشرط الجزائي الذي لا يسمح بتدخل القاضي لتعديله إلا إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة فلا يكفي مجرد زيادته بقدر ضئيل عن الضرر وإنما يشترط أن تبلغ هذه الزيادة حداً معقولاً ودون أن تصل حد المغالاة من هنا تأتي الصفة الجزائية الحالية للشرط الجزائي) تعويض الضرر لأبي الليل ص٤٤٦ ، وبهذا يظهر الفرق بين هذا القول والذي يليه الذي يشترط المساواة التامة بين التعويض والضرر ويبيح تدخل القاضي لتعديله ليكون مساوياً للضرر.

٣- أنه تعويض اتفاقي احتمالي عن الضرر المتوقع ومساوٍ لـه وبه أخذ القانون الأردني والإماراتي.

٤- أنه مجرد اتفاق على التعويض لا علاقة لـه بالضرر وبه أخذ القانون الفرنسي والقضاء اللبناني[1].

وسبب الخلاف:

هو الخلاف حول مبدأ سلطان الإرادة وأن العقد شريعة المتعاقدين فمن أصر على الأخذ به كاملاً أصر على التعويض في الشرط الجزائي بمجرد الإخلال ولو لم يقع الضرر.

ومن رأى أن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه لأنه يخالف العدل ويؤدي إلى ظلم الأقوياء للضعفاء رأى أنه لابد من وقوع الضرر ليستحق الشرط الجزائي مع اختلافهم في التعويض وهل يلزم أن يساوي الضرر أو لا يلزم.

وثمرة الخلاف:

هو في قدرة القاضي على التعديل، فمن رأى أنه تعويض عن الضرر أطلق سلطة القاضي في تعديله ليساوي الضرر، ومن رأى أنه تعويض لـه بعض آثار العقوبة أعطى للقاضي سلطة التعديل لكن بنسبة أقل فلا يلزم التساوي، وأما من رأى أنه اتفاق ملزم لا علاقة له بالضرر رأى أنه لا سلطة للقاضي في التعديل.

---

(1) وهناك قول خامس يرى أن الشرط الجزائي عقد تأمين يأمن به الدائن حتى في حالة الظرف الطارئ أو القوة القاهرة وفي حالة انعدام الضرر والخطأ. وهناك رأي سادس: يرى أن الشرط الجزائي مزيج بين التعويض والعقوبة انظر في هذه الأقوال في طبيعة الشرط الجزائي والنقد الموجه لكل منها تعويض الضرر لإبراهيم أبي الليل ص٤١٩ وما بعدها، وشرح قانون الموجبات لزهدي يكن ١٤٣/٥، والوسيط للسنهوري ٨٦٠/٢ ، والشرط الجزائي للرويشد ص٧٤ ، وما بعدها، والشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص٧٥ وما بعدها، والبند الجزائي لإلياس ناصيف ص٣٦ وما بعدها، وموسوعة العقود لناصيف ٢٨٠/٤ وما بعدها، والوافي في شرح القانون لمرقس ١٧٨/٤ وما بعدها، وأصول الالتزام في القانون المدني الكويتي لبدر اليعقوب ص٣٥٢ والشرط الجزائي للحموي ص٢٤٦، وما بعدها.

المبحث الثالث
الأسباب الداعية إليه ومميزاته

لم يعد يخل عقد ذو بال في هذا العصر من شـــروط جزائيـــة يتحملهـــا المخل بالتزاماته وذلك، لأن الحاجة ماسة، والأسباب داعية إلى ذلك ومن أبرز تلك الأسباب الداعية إلى الشروط الجزائية في هذا العصر ما يلي:

١- زيادة قيمة الزمن في العقود المعاصرة، فأصبح تأخر أحد المتعاقدين، أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المشروطة في هذا الزمن مضراً بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر من الأزمنة المتقدمة[١].

٢- أصبحت القيمة المالية للمشاريع كبيرة جداً مما يضاعف الخسائر عنـــد التأخر، أو الإخلال بالعقد حيث تكون الخسائر فادحة على المقاول مـــثلاً الذي التزم بإنشاءات معينة في وقت محدد تطبق عليه غرامات لو تـــأخر عنه إذا أخل مورد المواد الخام بإمداده بها في الوقت المعين، وكم ستخسر الشركة المعطاة امتياز تنقيب ــ مثلاً ــ إذا باشرت العمل إذا أخلت الدولة بالعقد؟ إلى غير ذلك من الأمثلة.

٣- اتساع دائرة التجارة بين الأفراد، والدول حيث أصبحت العقود تتم بـــين أناس بعيدين لا يعرفون بعضهم مما يزيد الحاجة إلـــى وجـــود شـــروط جزائية تعطي المشترط طمأنينة إلى التزام الطرف الآخر بالعقـــد، وأنـــه سيحصل على التعويض المناسب عند الإخلال.

---

(1) انظر المدخل الفقهي العام للزرقا ٧٦٠/٢

٤- ظهور عدد كبير من العقود والحقوق الجديدة كعقود الامتياز، والاستصناع الحديثة، والنقل الجوي والبحري، والتوريد، والمقاولات وغيرها مما يحتاج معه إلى تضمين العقود شروطاً جزائية[1] .
٥- أن المطل أصبح صفة كثير من الناس بحيث لم يعد المتعاقدان يطمئنان إلى بعضهم بدون الشرط الجزائي.
٦- المميزات الكثيرة التي يتمتع بها الشرط الجزائي مما يجعل أكثر المتعاقدين يحرص على إبرازه في العقد ومن تلك المميزات ما يلي:

أولاً المزايا الخاصة بالمتعاقدين ومنها ما يلي:

أ- يعطي الثقة للمشترط بتنفيذ العقد، وعدم الإخلال به وفي حفظ حقوقه ويحمل الطرف الآخر على عدم التهاون بالعقد وآثاره.
ب- يقلل الخصومات والمنازعات حول التعويض عن الأضرار اللاحقة بسبب الإخلال بالعقد، لأن الشرط الجزائي يحدد باتفاق العاقدين العوض المناسب للضرر المحتمل.
ج- يوفر المال والوقت اللذين سينفقان على الإجراءات القضائية عند عدم النص على الشرط الجزائي.
د- يحقق التعويض الأمثل والمناسب للمشترط عند وقوع الضرر.

---

[1] انظر المدخل الفقهي العام للزرقا ٧٥٩/٢-٧٦٠ وتعويض الضرر لأبي الليل ص٣٩٣ ومشكلات الاقتصاد الإسلامي لعبد الحليم عويس ص١٩٥.

هـ- يجنب المتعاقدين تدخل القضاء في تقدير التعويض المترتب على الضرر ويجنب المشترط عبء إثبات الضرر الذي أصابه جراء الإخلال بالعقد[١] .

ثانياً: المزايا العامة ومنها ما يلي:

أ- الإسهام في ازدهار المجتمع اقتصادياً، لأن طمأنينة الناس إلى التعاقد مع بعضهم بسبب الشروط الجزائية سيزيد من العقود التجارية وبالتالي يحرك رؤوس الأموال، ويزيد الإنتاج والتوظيف مما يسهم في رخص السلع وتقليل البطالة وفي تقدم الدولة تجارياً وصناعياً ويقلل من اعتمادها على البضائع المستوردة.

ب- يدعم تنفيذ خطط الدولة الزمنية لأنه يسهم في تنفيذ المشاريع العامة في وقتها.

ج- يقلل من اختلاف القضاة في تحديد التعويض عن الأضرار الناشئة من الإخلال بالالتزامات، لأنه يعطي القاضي الأساس العام للتعويض ويخفف عن المحاكم الكثير من القضايا التي كانت ستشتغل بها[٢].

---

[1] انظر الشرط الجزائي للرويشد ص٥٨-٥٩-٦١-٦٣ ، والشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص١٤-١٦ ، وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ٨٥٧/٢ ، والبند الجزائي للمهتار ص٤٩-٥١-٥٩ ، والبند الجزائي في القانون المقارن لناصيف ص١٠-١١ ، والنظرية العامة للالتزام للشرقاوي ٥٧/٢ ، والشرط الجزائي مقال لزكي الدين شعبان في مجلة الحقوق والشريعة العدد (٢) ص١٢٦-١٢٧، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص١٦١ ، والنظرية العامة للالتزامات شفيق شحاته ص١٧٦ ، والوافي لمرقس ١٧٧-١٧٨، وشرح قانون الموجبات لزهدي يكن ١٣٨/٥-١٣٩ ، وموسوعة العقود لناصيف ص٢٦٣ ، وبيع المباني تحت الإنشاء لمحمد زهرة ص٥١٨ ، والبيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى لأبي الليل ص٢٥٤ ، والتعويض المدني لقزمان ص١٠٩.

[2] انظر الشرط الجزائي للرويشد ص ٦٩-٧٠ ، والوافي في شرح القانون لمرقس ص١٧٧-١٧٨ ، والشرط الجزائي للحموي ص٥٨-٥٩ ، والبند الجزائي في القانون المدني للمهتار ص٤٧ ، وموسوعة القضاء لعبد المعين جمعة ١٨/٢ ، والتعويض المدني لقزمان ص١٠٩.

المبحث الرابع

أنواعه وصوره

تعددت صور الشرط الجزائي وأنواعه وذلك باعتبارات مختلفة ومن تلك الاعتبارات ما يلي:

أولاً: أنواعه باعتبار محله من العقد ثلاثة وهي:

النوع الأول: أن يكون مقترناً بالعقد فيدرج الشرط الجزائي في العقد كبند من بنوده وهذا هو الأكثر والأغلب.

النوع الثاني: أن يُتفق على الشرط الجزائي بعد العقد، وهو ما يسمى الشرط الجزائي اللاحق وهذا لابد أن يكون قبل وقوع الضرر. أما إذا اتفق على التعويض بعد وقوع الضرر فإن هذا يعد صلحاً، ولا يعد شرطاً جزائياً.

النوع الثالث: أن يتفق على الشرط الجزائي قبل العقد وهو الشرط الجزائي السابق[1].

ثانياً: أنواعه باعتبار موضوع العقد ويمكن تصنيفها في نوعين:

الأول: الشرط الجزائي المقرر للإخلال بالعقود التي محلها عمل وله صور كثيرة منها ما يلي:

---

[1] انظر الوسيط للسنهوري ٨٠٣/٢ والوافي لمرقس ١٨٢/٢-١٨٣، وشرح قانون الموجبات والعقود لزهدي يكن ١٤٦/٥، والتعويض المدني لقزمان ص١٠٥، وتعويض الضرر لأبي الليل ص٤٠٦-٤١٩، والنظرية العامة للالتزام توفيق فرج ٣٩/٥ ، وأصول الالتزام في القانون الكويتي لبدر اليعقوب ص٣٥٢ والشرط الجزائي للرويشد ص١٢١-١٢٩، والشرط الجزائي للحموي ص٧٥ ، والبند الجزائي في القانون المقارن لناصيف ص١١-٢٥-٢٦ ، وموسوعة العقود المدنية لناصيف ص٢٧٠ ، والبند الجزائي في القانون المدني للمهتار ص٥٤ ، وما بعدها، والشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص٣٧-٣٨ ، وموسوعة القضاء لجمعة ١٩٥/٢ والكامل لموريس نخلة ٨٤/٤.

١- الشرط الجزائي المقترن بعقد المقاولة الذي يتضمن دفع مبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم المباني كلها، أو بعضها في الوقت المحدد.

٢- الشرط الجزائي المقترن بعقد العمل الذي يتضمن خصم مبلغ معين من النقود من أجرة العامل إذا أخل بالتزاماته المختلفة كما لو لم ينفذ العمل أو تأخر في التنفيذ، أو نفذ العمل معيباً أو ناقصاً[١] .

٣- الشرط الجزائي المقترن بعقود التوريد الذي ينص على خصم مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه المورد عن تسليم البضائع المستوردة في وقتها المحدد أو خصم مبلغ من قيمة البضائع إذا لم تكن موافقة للشروط المتفق عليها.

٤- الشرط الجزائي المقترن بتأخر المستأجر في تسليم العين المؤجرة عند انتهاء مدة الإجارة.

النوع الثاني: الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالالتزامات التي يكون محلها مبلغاً من النقود ومن صوره ما يلي:

الشرط الجزائي المقترن بعقد بيع آجل، أو عقد قرض والذي يتضمن دفع مبلغ معين عن كل يوم تأخير، أو عن كل شهر أو عن كل سنة أو غير ذلك مما يتفق عليه[٢].

---

(1) انظر بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة لجمع من الباحثين ٨٥٧/٢-٨٥٨ ، والشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص٩٧ وما بعدها، والوسيط للسنهوري ٨٥٢/٢ والوافي لمرقس ١٧٨/٢-١٩٣ والنظرية العامة للالتزام لتوفيق فرج ٣٩/٢ والتعويض المدني لقزمان ص١٠٥-١٠٦.

(2) انظر بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة لجمع من الباحثين ٨٥٧/٢-٨٥٨ والشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص٩٧ وما بعدها، والوسيط للسنهوري ٨٥٢/٢، والوافي لمرقس ١٧٨/٢-١٩٣ والنظرية العامة للالتزام لتوفيق فرج ٣٩/٢، والتعويض المدني لقزمان ص١٠٥-١٠٦.

ثالثاً: أنواع الشرط الجزائي باعتبار المعوض عنه هي:
النوع الأول: الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ.
النوع الثاني: الشرط الجزائي عن التأخر في التنفيذ.
النوع الثالث: الشرط الجزائي عن التنفيذ الناقص أو الجزئي.
النوع الرابع: الشرط الجزائي عن التنفيذ المعيب[1] .
ربعاً: أنواع الشرط الجزائي باعتبار العقود التي يدخلها:

لا تكاد تخلو عقود المعاوضات المالية بمختلف صورها وأنواعها في هذا العصر من الشروط الجزائية وبما أن الباب الثالث من هذا البحث سيكون دراسة عن أثر الشرط الجزائي في العقود المعاصرة، فسيكون كافياً في بيان هذا الأمر ولا حاجة لتكراره هنا.

خامساً: أنواع الشرط الجزائي باعتبار نوع العوض نوعان.
النوع الأول: التعويض النقدي وهو أكثرها[2] .وله صور منها:
الصورة الأولى: أن يكون الشرط الجزائي عبارة عن نسبة محددة كـ ٣% مثلاً أو مبلغ معين كـ ١٠٠ريال مثلاً تخصم عن كل يوم، أو أسبوع، أو شهر يتأخر فيه المقاول، أو العامل، أو المورد، أو المصنع، أو مكتب الاستقدام أو غيرهم عن تنفيذ عمله في الوقت المحدد، أو يدفعه المقترض في حالة تأخره عن سداد قرضه في الوقت المحدد.

---

[1] انظر الوسيط للسنهوري ٨٥١/٢-٨٧٠-٨٧١ ، والشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص١١- ١٢- ١٣، والوافي لمرقس ١٧٧/٢ – ١٧٨ ، والنظرية العامة للالتزام لفرج ٢/ ٣٩ –٤٣ والتعويض المدني لقزمان ص١٠٥ وموسوعة العقود المدنية والتجارية لناصيف ٢٧١/٤ والبند الجزائي في القانون المقارن لناصيف ص١٢١ والبند الجزائي في القانون المدني للمهتار ص٤٨.

[2] وذلك بسبب سهولة تحصيله وتحديده انظر الوافي لمرقس ١٧٧/٤ والشرط الجزائي للرويشد ص١٤٠.

الصورة الثانية: أن يكون الشرط الجزائي عبارة عن مبلغ مقطوع معين يدفعه المتعهد أو يخصم من حقوقه في حالة تأخره أو تنفيذه المعيب أو امتناعه عــن التنفيذ[1] .

النوع الثاني: التعويض غير النقدي وصورته:

أن يشترط المؤجر على المستأجر في حالة تأخره عن تسليم الأرض في الوقت المحدد أن المزروعات والثمار التي زرعها المستأجر تكون ملكاً للمــؤجر، أو أن الإنشاءات في العمارة أو الأرض تكون ملكاً للمؤجر[2].

---

(1) انظر البند الجزائي في القانون المقارن لناصيف ص١٣٢ ، وموسوعة العقود المدنية لناصيف ٢٧١/٤-٢٧٢–٣٠١-٣٠٩ ، والوسيط للسنهوري ٨٥٢/٢ ، والوافي لمرقس ١٧٨/٤–١٩٣ ، وتعويض الضرر لأبي الليل ص٤٠٣-٤٦٤ .

(2) انظر موسوعة العقود المدنية لناصيف ٢٧٢/٤-٢٧٢-٣٠١-٣٠٩ ، والشرط الجــزائي للــرويشد ص١٣٧-١٣٨-١٣٩-١٤٠ ، والوافي لمرقس ١٧٨/٤ –١٩٣ والوسيط للسنهوري ٨٥٢/٢ ٨٧١-٨٧٧ والبند الجزائي في القانون المقارن لناصيف ص٢٧-٢٨ –١٣٢-١٣٧ –١٤٠ ، وتعويض الضرر لأبي الليل ص٤٠٣-٤٦٤ –٤٧٧-٤٧٨-٤٧٩-٤٨٠ ٤٨٢-٤٨٧، والشرط الجزائي للحموي ص٦٤-٦٥-٦٦.

الباب الأول

معنى الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي

ويشتمل على ثلاثة فصول هي:

الفصل الأول: معنى الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: الشروط المقترنة بالعقد والأصل فيها.

الفصل الثالث: طبيعة الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي.

الفصل الأول

معنى الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

ويشتمل على ثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول: تعريف الشرط والجزاء.

المبحث الثاني: أقسام الشرط.

المبحث الثالث: الشرط الجزائي ونشأته في الفقه الإسلامي.

الفصل الأول

معنى الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: تعريف الشرط والجزاء

يتكون (الشرط الجزائي) من لفظين الشرط، والجزاء لذا فلابد من تعريف كل كلمة على حده ليتبين معنى الشرط الجزائي مركباً قبل تعريفه كعلم.

المطلب الأول: تعريف الشرط:

أولاً: الشرط في اللغة:

يطلق الشرط في اللغة على معاني كثيرة أبرزها ما يلي:

١- الشَّرْط ـ بسكون الراء ـ إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه، كالشريطة والجمع شروط، وشرائط لذا قيل: (الشرط أملك عليك أم لك) أي أن الشَّرط يملك صاحبه في إلزامه المشروط إن كان له، أو عليه. ويقال: شرط عليه في البيع، ونحوه شرطاً ألزمه شيئاً فيه[١].

٢- والشَّرْط ـ بسكون الراء ـ كذلك بزغ الحجام بالمشرط أي شقه بالمشرط وإنما سمي بذلك، لأنه صار له أثر وعلامة ومنه قولهم: رُبّ شرط شارط أوجع من شرْط شارط فالأول من الإلزام والثاني من بزغ الحجام[٢].

---

[1] انظر لسان العرب لابن منظور ٣٢٩/٧، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص٨٦٩، وتاج العروس للزبيدي ٤٠٤/١٩، والوافي لعبد الله البستاني ص٣١٢، والكليات للكفوي ص٥٢٩، والبستان للبستاني ١٢١٣/١، والمصباح المنير للفيومي ص١١٨، ومعجم متن اللغة لأحمد رضا ٣٠٤/٣.

[2] انظر لسان العرب لابن منظور ٣٣٢/٧، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ٨٦٩ والصحاح للجوهري ١١٣٦/٣، وأساس البلاغة للزمخشري ص٢٣٣، والمصباح المنير للفيومي ص١١٨، ومختار الصحاح =

٣- والشَّرط ــ بفتح الراء ــ العلامة والجمع أشراط[١]. ومنه قوله تعالى: ﴿ فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا ٱلسَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم بَغْتَةً فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا ﴾[٢] أي: علاماتها[٣].

وقد جعل ابن فارس[٤] هذا المعنى أصلاً لمادة (شرط) فقال: (الشين والراء والطاء أصل يدل على عَلَم، وعلامة وما قارب ذلك من عَلَم)[٥] قال الأصمعي[٦]: (ومنه الاشتراط الذي يشترطه الناس بعضهم على بعض أي: هي علامات يجعلونها بينهم)[٧].

= للرازي ص١٦٥، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٦٠/٣، ومجمل اللغة لابن فارس ٢٠٨/٣، وتاج العروس للزبيدي ٤٠٤/١٩، والبستان للبستاني ١٢١٣/١، والنهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٤٦٠/٢ ومتن اللغة لأحمد رضا ٣٠٥/٣.

[1] انظر لسان العرب لابن منظور ٣٢٩/٧ والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص٨٦٣، والنهاية لابن الأثير ٤٦٠/٢، والصحاح للجوهري ١١٣٦/٣، ومختار الصحاح للرازي ص١٦٥، والمصباح المنير للفيومي ص١١٨ والتعريفات للجرجاني ص١٢٥، وأساس البلاغة للزمخشري ص٢٣٣، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٦٠/٣، ومجمل اللغة لابن فارس ٢٠٧/٣، والوافي للبستاني ص٣١٢، ومعجم متن اللغة لأحمد رضا ٣٠٥/٣.

[2] سورة محمد الآية: (١٨).

[3] انظر معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٦٠/٣، ولسان العرب لابن منظور ٣٢٩/٧، والتعريفات للجرجاني ص١٢٥، والمصباح المنير للفيومي ص١١٨، ومختار الصحاح للرازي ص١٦٤، والصحاح للجوهري ١١٣٦/٣، ومجمل اللغة لابن فارس ٢٠٧/٣، ومعجم متن اللغة لأحمد رضا ٣٠٥/٣، وقال ابن الأثير في النهاية ٤٦٠/٢: (وحكى الخطابي عن بعض أهل اللغة أنه أنكر هذا التفسير وقال: أشراط الساعة: ما ينكر الناس من صغار أمورها قبل أن تقوم).

[4] ابن فارس هو: أحمد بن فارس بن زكريا القزويني أبو الحسين، من أئمة اللغة، والأدب، والتفسير ولد سنة ٣٢٩هـ وتوفي سنة ٣٩٥هـ من أشهر مؤلفاته: معجم مقاييس اللغة، والمجمل في اللغة، وجامع التأويل في تفسير القرآن. انظر بغية الوعاة للسيوطي ٣٥٢/١، ووفيات الأعيان لابن خلكان ١١٨/١.

[5] معجم مقاييس اللغة ٢٦٠/٣.

[6] هو: عبد الملك بن قُريب بن علي بن أصمع الباهلي، أبو سعيد، راوية العرب، وأحد أئمة العلم باللغة والشعر والبلدان، توفي سنة ٢١٥هـ ومن مصنفاته: الإبل، والأضداد. انظر وفيات الأعيان لابن خلكان ١٧٠/٣ وما بعدها، والأعلام للزركلي ١٦٢/٤، وسير أعلام النبلاء للذهبي ١٧٥/١٠ وما بعدها.

[7] انظر لسان العرب لابن منظور ٣٣٠/٧.

٤- والشَّرَط ــ بالفتح كذلك ــ أول الشيء وهو والذي قبله متقاربان لأن علامة الشيء أوله[١].

٥- والشَّرَط: أراذل الناس والأموال ويطلق كذلك على الأشراف والأخيار فهو من الأضداد[٢]. وإنما سموا بذلك لملازمتهم الفضيلة، أو الرذيلة فهي علامة عليهم.

٦- والشَّرَط: المسيل الصغير، سمي بذلك لأنه أثَّر في الأرض[٣].

٧- والشُّرَط: جمع شرطة كغرفة سموا بذلك، لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها، وقيل: لأنهم أول كتيبة تشهد الحرب وقيل: لأنهم خيار جند السلطان. وقيل: لأنهم أراذل وسفلة[٤].

٨- والشُرُط: جمع شريط وهو حبل، أو خيط يربط به ويــشد ويوثــق. يقال: شد البهم ــ صغار الغنم ــ بالشريط إذا ربطها، وأوثقها. وإنما

---

(1) انظر لسان العرب لابن منظور ٣٣٠/٧، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص٨٦٩، وأساس البلاغة للزمخشري ص٢٣٣، ومتن اللغة لأحمد رضا ٣٠٥/٣، وتاج العروس للزبيدي ٤٠٥/١٩، وغراس الأساس لابن حجر ٢٥٤.

(2) انظر لسان العرب لابن منظور ٣٣١/٧، والنهاية لابن الأثير ٤٦٠/٢، والصحاح للجوهري ١١٣٦/٣، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٦١/٣، والوافي للبستاني ص٣١٢ ومتن اللغة لأحمد رضا ٣٠٥/٣ وتاج العروس للزبيدي ٤٠٥/١٩.

(3) انظر لسان العرب لابن منظور ٣٣٣/٧، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص٨٦٩ والوافي للبستاني ص٣١٢، ومقاييس اللغة لابن فارس ٢٦٠/٣، ومجمل اللغة لابن فارس ٢٠٦/٣، ومتن اللغة لأحمد رضا ٣٠٥/٣.

(4) انظر لسان العرب لابن منظور ٣٢٩/٧-٣٣٠-٣٣٢، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص٨٦٩ ومقاييس اللغة لابن فارس ٢٦١/٣، ومجمل اللغة لابن فارس ٢٠٨/٣، ومتن اللغة لأحمد رضا ٣٠٥/٣ والوافي للبستاني ص٣١٢، وأساس البلاغة للزمخشري ص٢٣٣، والصحاح للجوهري ١١٣٦-١١٣٧ والمصباح المنير للفيومي ص١١٨، والنهاية لابن الأثير ٤٦٠/٢، ومختار الصحاح للرازي ص١٦٥، وتاج العروس للزبيدي ٤٠٧/١٩، وغراس الأساس لابن حجر ص٢٥٤، وجمهرة اللغة لابن دريد ٣٤١/٢.

سمي بذلك، لأنها إذا ربطت صار لذلك أثر. ويقال: شرّط الشيء شده وربطه[١].

والمعنى الأول وإن كان أظهر المعاني مناسبة في الدلالة على ما يلتزمه الناس في عقودهم من شروط زائدة على أصل العقد، فإن المعاني الأخرى لها وجه مناسبة للمعنى الاصطلاحي الذي سيأتي بيانه. ذلك، لأن بعض الأصوليين خصوا الشرط بالعلامة مطلقاً، أو العلامة اللازمة[٢]. ومن ذلك أشراط الساعة أي: علاماتها اللازمة لكون الساعة آتية لا محالة.

لذا سميت الشروط في العقود شروطاً، لأنها علامات دالة على الصحة والتوثيق للحقوق الزائدة على أصل العقد. وكلام الأصمعي ــ سالف الذكر ــ شاهد لذلك.

ومنه شرط الحجام، لأنه إذا بزغ يحصل علامة لازمة في موضع الحجامة، ومنه الشرطي، فإنه نصب نفسه على زي وهيئة لا تفارقه في أغلب أحواله، فكأنه لازم له[٣].

---

(1) انظر الصحاح للجوهري ١١٣٦/٣، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٦٠/٣، ومختار الصحاح للرازي ص١٦٥، والمصباح المنير للفيومي ص١١٨، وأساس البلاغة للزمخشري ص٢٣٣، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص٨٦٩، ومتن اللغة لأحمد رضا ٣٠٥/٣ والوافي للبستاني ص٣١٢.

(2) انظر أصول السرخسي ٣٠٢/٢-٣٠٣، وأصول البزدوي ١٧٣/٤-١٧٤، وكشف الأسرار للنسفي ٢٤٠/٢، وكشف الأسرار للبخاري ١٧٣/٤، وفصول البدايع للفناري ٢١١/١، وشرح المنار لابن ملك ص٩٢١، وشرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٠/١، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران ص١٦٢، وأصول الفقه لعباس حمادة ص٣٢٤، ومباحث الأحكام لدياب عطا ص١١٩.

(3) انظر أصول السرخسي ٣٠٣/٢، وكشف الأسرار للنسفي ٢٤٠/٢، وكشف الأسرار للبخاري ١٧٣/٤ والسبب عند الأصوليين للربيعة ١٠٤/١ ومباحث الأحكام لدياب عطا ص١١٩.

ومعنى الربط والشد والوثاق في الشرط ظاهر؛ لأن الشرط الذي يضعه الناس في أغلب أمره إنما يكون مرتبطاً بعقد من العقود وكذلك فهو ربط وشد للعقود بأمور، والتزامات زائدة وفي بعض الشروط توثيق للعقود، كشرط الرهن، والكفالة والشرط الجزائي[١].

وكذلك فإن للشرط أثراً في العقد بتقييده، أو بزيادة أمور فيه، أو بتعديل آثاره ومن هذا الوجه سمي المسيل الصغير شرطاً، لأنه أثَّر في الأرض، وسمي شرط الحجام بالمبضع شرطاً، لأنه أثَّر في الجلد.

وأخلص بهذا إلى أن أهم معاني الشرط في اللغة الإلزام والالتزام، والعلامة اللازمة، والربط، والشد، والتوثيق، والأثر، وكل هذه المعاني مناسبة لمعنى الشرط الشرعي كالطهارة للصلاة مثلاً فهي علامة لازمة، لا توجد الصلاة بدونها، والصلاة مرتبطة به لا تصح بدونه، وهو لازم لها. ولمعنى الشرط الجعلي الذي يجعله الناس في عقودهم زائداً على أصل الالتزام؛ إذ هو علامة لازمة لهذا الحق ومؤثر في العقد بتعديل آثاره، وهو مرتبط بالعقد وفيه توثيق له، ومن أنواع الشرط الجعلي الشرط الجزائي الذي أنا بصدد الحديث عنه.

ثانياً: الشرط في اصطلاح الأصوليين والفقهاء[٢]:

عُرف الشرط بتعريفات كثيرة جداً ومختلفة فيما بينها بسبب ما يسلكه المعرف من الميل إلى الإيجاز أو خلافه ومن الاكتفاء بذكر بعض الخصائص،

---

(1) سأبين معنى التوثيق في الشرط الجزائي عند الحديث عن طبيعة الشرط الجزائي وكيفيته الفقهية.

(2) اعتمد الفقهاء في تعريف الشرط على تعريف الأصوليين له مع مراعاة لوازمه إذ لا فرق بين الشرط عند الفقهاء والأصوليين؛ لأن كل فقيه أصولي وليس كل أصولي فقيه، فالأصولي بحث في الأدلة الشرعية من جهة إثبات الحكم بها، ودلالتها عليه، فاستلزم أن يتكلم عن الحكم وتعريفه وأقسامه، ومتعلقاته، والشرط هو من متعلقات خطاب الوضع، فبحث الأصوليين في الشرط من جهة وضعه، وبحث الفقهاء فيه من جهة تعلق الحكم به إيجاباً وندباً، وكونه شرط صحة وغير ذلك. أثر الشرط في الفقه الإسلامي لزهرة الألمعي ص٣١.

أو الاستقصاء في ذكرها. وليس المقصد في هذا المبحث استقصاء تعريفات الشرط ومناقشتها. لذا سأكتفي ببعضها ومن خلال هذا البعض أستخلص تعريفاً يجمع خصائص الشرط عند الأصوليين والفقهاء لتظهر المناسبة بين معنى الشرط اصطلاحاً، والشرط الجزائي، وكذلك ليتبين الفرق بين الشرط والسبب والمانع.

١- عُرف الشرط بأنه: (عبارة عما لا يوجد المشروط مع عدمه، لكن لا يلزم أن يوجد عند وجوده)[1] كالصلاة لا توجد مع عدم الطهارة، لكن لا يلزم أن توجد الصلاة عند وجود الطهارة.

٢- وعرف بأنه: (اسم لما يتعلق به الوجود دون الوجوب)[2] أي أن الشرط يتوقف عليه وجود الشيء بأن يوجد عند وجوده لا بوجوده، كالدخول في قول الرجل لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، فإن الطلاق يتوقف على وجود الدخول، ويصير الطلاق عند وجود الدخول مضافاً إلى الدخول موجوداً عنده لا واجباً به، بل الوقوع بقوله: أنت طالق عند الدخول[3].

---

(1) المستصفى للغزالي ٥٣٩/٢، وانظر إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر للنملة ٢٢٠/٢، وابن قدامة وآثاره الأصولية للسعيد ٥٧/٢.

(2) أصول البزدوي ومعه كشف الأسرار للبخاري ١٧٣/٤، وانظر المنار للنسفي وشرحه لابن ملك ص٩٢١، وأصول السرخسي ٣٠٣/٢، وفصول البدايع للفناري ٢٥١/١.

(3) كشف الأسرار للبخاري ١٧٣/٤، وأصول السرخسي ٣٠٣/٢، والمثال المذكور هو للشرط اللغوي أو التعليقي وقد عده بعض العلماء من الأسباب لا من الشروط، لأنه يلزم من وجوده الوجود وهذا شأن الأسباب لا الشروط لهذا ذكره بعض العلماء في قسم الشرط المجازي. وقال البعض: هو شرط حقيقة بطريق الاشتراك وذلك، لأن اللفظ مستعمل فيهما والأصل في الاستعمال الحقيقة. انظر الفروق للقرافي ٦١/١ وما بعدها، وتهذيب الفروق لمحمد بن حسين ٦١/١ وما بعدها، وإدرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط المعروف بحاشية ابن الشاط مطبوع بهامش الفروق ٦١/١ وما بعدها، وشرح =

٣- وعُرف بأنه: (هو الذي يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته، ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره)[1].

فقوله: (يلزم من عدمه العدم): احتراز من المانع فإنه لا يلزم من عدمه شيء، لا وجود ولا عدم.

وقوله: (ولا يلزم من وجوده وجود): احتراز من السبب فإنه يلزم من وجوده الوجود.

وقوله: (ولا عدم): احتراز من المانع أيضاً فإنه يلزم من وجوده العدم.

وقوله: (لذاته): احتراز من مقارنة وجوده لوجود السبب، فيلزم الوجود، ولكن ليس ذلك لذاته وهو كونه شرطاً، بل لأجل السبب، أو مقارنة وجود الشرط لقيام المانع، فيلزم العدم، ولكن ليس ذلك لذات الشرط، بل لأجل المانع.

وقوله: (ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره) احتراز من جزء العلة[2]، فإنه وإن كان يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من

= مختصر الروضة للطوفي ٤٣٢/١، وإتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر للنملة ٢٢٧/٢، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران ص١٦٣، والسبب عند الأصوليين للربيعة ١٦٢/٢ وما بعدها.

(1) الفروق للقرافي ٦٢/١، وانظر شرح تنقيح الفصول للقرافي ص٦٢، وشرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٥/١، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران ص١٦٢، ومذكرة أصول الفقه للشنقيطي ص٤٣ .

(2) مثل الطوفي لجزء العلة عند تفريقه بين جزء العلة، والشرط بقوله: (الشرط وجزء العلة كل منهما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، فهي تلتبس. والفرق أن مناسبة الشرط... في غيره، ومناسبة جزء العلة في نفسه. ومثاله: الحول: مناسبته في السبب الذي هو النصاب لتكميله الغنى الحاصل به بالتنمية. وجزء العلة الذي هو النصاب مناسبته في نفسه من حيث إنه مشتمل على بعض الغنى. فالعلة وجزؤها مؤثران والشرط مكمل لتأثير العلة ومن ثم عرف بعضهم الشرط بما توقف عليه تأثير المؤثر) شرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٦/١-٤٣٧ ومثل كذلك لجزء العلة بأوصاف القتل العمد العدوان، فاجتماعها علة للقصاص، لكن لو انفرد بعضها كالقتل الخطأ فهذا جزء علة، أو العمد في حد، أو قصاص فهذا جزء علة ــ لا يوجب القصاص. انظر شرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٧/١.

وجوده وجود ولا عدم، إلا أنه مشتمل على جزء المناسبة فإن جزء المناسب، مناسب.

ومن أمثلة الشرط الحول في الزكاة فإنه يلزم من عدمه عــدم وجــوب الزكاة، ولا يلزم من وجوده وجوبها لاحتمال عدم النصاب، ولا عدم وجوبها؛ لاحتمال وجود النصاب ولو قارن وجوده وجود السبب فإنه يلزم وجوب الزكاة، لكن لا لذاته، بل لذات السبب.

ولو قارن وجوده قيام المانع، الذي هو الدين ــ عند من قال بأنه مــانع من الزكاة ــ[١]، فإنه يلزم عدم وجوب الزكاة، لكن لا لذات الشرط، بل لــذات المانع[٢] (فالشرط بالنظر إلى ذاته، لا يلزم من وجوده شيء، وإنما يتأتى اللزوم من الأمور الخارجية، ولا تنافي بين عدم اللزوم بالنظر إلى الذوات، واللــزوم بالنظر إلى الأمور الخارجية)[٣]

---

[1] اختلف العلماء في منع الدين للزكاة على أقوال أبرزها ثلاثة هي:

أ- الأول: ذهب الحنفية والحنابلة في الراجح عندهم والشافعي في القديم إلى أن الدين مانع من الزكاة فيما قابل من المال سواء كان ظاهراً أم غير ظاهر. انظر الهداية للمرغيناني ومعه البناية للعيني ٣٥٤/٣ والاختيار للموصلي ١٠٠/١، والمغني لابن قدامة ٢٦٣/٤-٢٦٤، والإنصاف للمرداوي ٣٣٨/٦-٣٣٩-٣٤٠ والمجموع للنووي ٣١٧/٥ .

ب- الثاني: وذهب المالكية وهو قول عند الشافعية ورواية عند الحنابلة إلى أن الدين يمنع الزكاة فيما قابله من الأموال الباطنة التي لا ترى ولا تشاهد، كالنقود وعروض التجارة، ولا يمنعها في الأموال الظاهرة كالمواشي والخارج من الأرض انظر المعونة للقاضي عبد الوهاب ٣٦٨/١، والقوانين الفقهية لابن جزي ص١٠٠، والمجموع للنووي ٣١٧/٥، والمغني لابن قدامة ٢٦٥/٤، والإنصاف للمرداوي ٣٤٠/٦.

ج- الثالث: ذهب الشافعية في الأصح عندهم وهو قول الشافعي في الجديد ورواية عن الإمام أحمد إلى أن الدين لا يمنع الزكاة مطلقاً. انظر المهذب للشيرازي ومعه المجموع للنووي ٣١٧/٥ ــ مغني المحتاج للشربيني ٤١١/١، والإنصاف للمرداوي ٣٣٩/٦.

[2] انظر الفروق للقرافي ٦٢/١ وشرح تنقيح الفصول للقرافي ص٨٢، وتهذيب الفروق لمحمد بن حسين ٦٠/١، وشرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٥/١، وشرح الكوكب المنير للفتوحي ٤٥٢/١.

[3] شرح تنقيح الفصول للقرافي ص٨٢.

٤ - وعرف بأنه: (ما عدمه مستلزم لعدم الحكم وذلك لحكمة في عدمه تنافي الحكم أو السبب) وذلك كالقدرة على التسليم، فإن عدمها ينافي حكمة حكم البيع وهي إباحة الانتفاع ــ وهذا هو شرط الحكم ــ وكالطهارة للصلاة فإن عدمها ينافي حكمة سبب وجوب الصلاة وهي تعظيم الباري عز وجل ــ وهذا شرط السبب[١].

٥ - وعرف بأنه: (عبارة عن وصف ظاهر منضبط دل الدليل الشرعي على انتفاء الحكم عند انتفائه)[٢].

فقوله: (وصف): احتراز عن الذوات، فإنها لا تكون شروطاً. وقوله (ظاهر): احتراز من الوصف الخفي، فإنه لا يصلح أن يكون شرطاً.

وقوله: (منضبط): احتراز مما لا ينضبط[٣].

٦ - وقال ابن الرفعة[٤]: الشرط في اصطلاح الفقهاء: ما يلزم من انتفائه انتفاء الشيء الذي جعل شرطاً فيه مع أنه ليس بُمقَوّم له)[٥] ومعنى المقوم: الداخل في مسمى الماهية فركن الماهية مقوم لها بخلاف شرطها فإنه خارج عنها[٦].

---

(1) شرح مختصر ابن الحاجب للعضد ٧/٢ وانظر أصول الفقه للخضري ص٦١ وحصول المأمول لمحمد صديق خان ص٣٠.

(2) شرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٥/١.

(3) شرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٣/١.

(4) هو نجم الدين أحمد بن محمد بن علي الأنصاري البخاري الشافعي الشهير بابن الرفعة وهو حامل لواء الشافعية في عصره، ولد بمصر سنة خمس وأربعين وستمائة وتوفي سنة عشر وسبعمائة انظر شذرات الذهب لابن العماد ٢٢/٦.

(5) الكلام الجامع على الحكم والشرط والسبب والمانع، لعبد الله آل عبد اللطيف ص١٠٨.

(6) انظر الكلام الجامع لعبد الله آل عبد اللطيف ص١٠٨.

٧- وعرف كذلك: (بأنه ما يتوقف عليه وجود الشيء، وليس داخلاً فيه، ولا هو جزء منه، وإنما هو خارج عنه، وليس مؤثراً فيه)[١].

وعرفه المعاصرون بمثل التعريفات السابقة دون زيادة يعتد بها والاختلاف إنما هو في الألفاظ فقط[٢].

وبعد التأمل في تلك التعريفات يمكن أن يعرف الشرط بما يجمع خصائصه بأنه: (وصف ظاهر، منضبط، يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته، ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته، بل في غيره)[٣].

ووجه المناسبة بين المعنى الاصطلاحي واللغوي بينه ابن قدامة ــ رحمه الله ــ بقوله: (وسمي شرطاً، لأنه علامة على المشروط)[٤] فالإحصان ــ في باب الزنا ــ مثلاً علامة على الرجم[٥].

وأستطيع من خلال النظر في معنى الشرط لغة واصطلاحاً أن أستنبط المناسبة بين معنى الشرط عموماً والشرط الجزائي خصوصاً. فالشرط الجزائي

---

(1) انظر فتح القدير للكمال بن الهمام ٢٥٦/١ والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم وشرحه منحة الخالق لابن عابدين ٢٨٠/١ وتقرير الخطيب الشربيني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لابن السبكي بهامش حاشية البناني ٢٠/٢.

(2) انظر أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص١١٩، والحكم الشرعي لحسين حامد حسان ص٧٥ ونظرية الشروط المقترنة بالعقد زكي الدين شعبان ص٣٠-٣١ وأصول الفقه لزكي الدين شعبان ص٢٥٢ ومباحث الحكم عند الأصوليين لمدكور ص١٤٤ وأصول الفقه للزحيلي ٩٩/١ ومصادر التشريع لأديب صالح ص٥٥٣، ومباحث الأحكام لدياب عطا ص١١٩، وأصول الفقه للخضري ص٦١.

(3) انظر ما سبق من تعريفات للشرط فهو مستخلص منها.

(4) روضة الناظر لابن قدامة مع شرحه إتحاف ذوي البصائر للنملة ٢٢٩/٢ وشرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٠/١.

(5) إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر للنملة ٢٢٩/٢.

علامة على التعويض عن الضرر وهو التزام بين المتعاقدين، وهو توثيق للعقد، ومرتبط به في غالب أحواله، وهو مؤثر في تعديل أثر العقد بزيادة هذا القيد، وهو كذلك مناسب للمعنى الاصطلاحي إذ يلزم من عدم الرضا به عدم العقد، ولا يلزم من الرضا به وجود العقد، لأنه قد يتخلف لأسباب أخرى.

وهو كذلك خارج عن حقيقة العقد.

المطلب الثاني: تعريف الجزاء:

أولاً: الجزاء في اللغة:

الجزاء مصدر جزى يجزي جزاءً، ويطلق في اللغة على معاني أهمها:

١- الثواب والمكافأة على الشيء، ومقابلة العمل بما يماثله[١].

ومنه قوله تعالى: ﴿ وَذَٰلِكَ جَزَآءُ مَن تَزَكَّىٰ ﴾[٢] وقوله: ﴿ وَجَزَىٰهُم بِمَا صَبَرُواْ جَنَّةً وَحَرِيرًا ﴾[٣] يقول الراغب[٤]: (هو ما فيه الكفاية إن خيراً فخير وإن شراً

---

(1) انظر لسان العرب لابن منظور ١٤٣/١٤، ومتن اللغة لأحمد رضا ٥٢٦/١، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٦٤٠، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٥٥/١، والمعجم الوسيط ١٢٢/١، ومجمل اللغة لابن فارس ٤٣٤/١.

(2) سورة: طه الآية: ٧٦.

(3) سورة: الإنسان الآية: ١٢.

(4) هو الحسين بن محمد بن المفضل أبو القاسم (الراغب الأصفهاني) قال عنه الذهبي: العلامة الماهر، المحقق الباهر كان أديباً، لغوياً، مفسراً. له مؤلفات كثيرة منها: (الذريعة إلى مكارم الشريعة) و(المفردات في غريب القرآن) و(جامع التفسير) و(تحقيق البيان في تأويل القرآن) و(أفانين البلاغة) و(احتجاج القراء) اختلف في وفاته قيل: ٤٠٢ وقيل: ٤٥٢ وقيل: ٥٠٢ وقيل: ٥٠٣ انظر سير أعلام النبلاء للذهبي ١٢٠/١٨-١٢١، وتاريخ حكماء الإسلام للبيهقي ص١١٢. وبغية الوعاة للسيوطي ٢٩٧/٢، ومجلة المجمع العلمي العربي ٢٧٥/٢٤ .

فشر)[١] ومنه قولهم: جازيته جِزاء ــ بالكسر ــ إذا قابلته على فعلــه القبــيح بمثله[٢].

٢- ويأتي الجزاء بمعنى العقاب[٣] ومنه قولــه تعــالى: ﴿ قَالُواْ فَمَا جَزَٰٓؤُهُۥٓ إِن كُنتُمْ كَٰذِبِينَ ۝ قَالُواْ جَزَٰٓؤُهُۥ مَن وُجِدَ فِى رَحْلِهِۦ فَهُوَ جَزَٰٓؤُهُۥ ۚ كَذَٰلِكَ نَجْزِى ٱلظَّٰلِمِينَ ﴾[٤] أي فما عقوبته؟[٥].

وجازى مثل جزى إلا أن بعض العلماء جعل جزى في الخير وجــازى في الشر. وقال آخرون: جزى في الخير والشر وجازى في الــشر[٦] وقــال الراغب: (ولم يجيء في القرآن إلا جزى دون جازي ــ أي فــي الثــواب ــ وذاك أن المجازاة هي المكافأة، وهي المقابلة من كل واحــد مــن الــرجلين، والمكافأة هي مقابلة نعمة بنعمة هي كفؤها ونعمة الله تتعالى عن ذلك، ولهذا لا يستعمل لفظ المكافأة في حق الله عز وجل)[٧] فلا يكون مــن الله إلا الثــواب ويتعالى الله عن المكافأة، وأما المخلوق فيكون منه الثواب والمكافأة؛ لأنها مبنية على المقابلة، والمشابهة في العمل.

٣- والجزاء: القضاء، ومنه قولهم: جزيت فلاناً حقه أي قضيته وأمرت فلانــاً يتجازى ديني أي يتقاضاه، وجزى هذا الأمر أي قضى[٨]. ومنه قوله تعــالى:

---

(1) المفردات ص١٩٥.

(2) انظر مجمل اللغة لابن فارس ٤٣٤/١.

(3) انظر لسان العرب لابن منظور ١٤٣/١٤، وتاج العروس للزبيدي ١٣٠/١.

(4) سورة يوسف الآية: (٧٤-٧٥).

(5) انظر تفسير ابن كثير ٧٥/٢، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٥٣/٩.

(6) انظر لسان العرب لابن منظور ١٤٣/١٤-١٤٤ ، وتاج العروس للزبيدي ١٣٠/١.

(7) المفردات ص١٩٥-١٩٦.

(8) انظر لسان العرب لابن منظور ١٤٤/١٤، والنهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٢٧٠/١، وأساس البلاغة للزمخشري ص٥٩، ومجمل اللغة لابن فارس ٤٣٤/١، ومعجم مقاييس اللغة لابن =

﴿ وَٱتَّقُواْ يَوۡمٗا لَّا تَجۡزِي نَفۡسٌ عَن نَّفۡسٖ شَيۡـٔٗا ﴾[١] أي: لا تكفي، ولا تقضي، ولا تغني فيه نفس عن نفس شيئاً[٢].

٤- والجزاء يأتي بمعنى الكفاية، والاكتفاء، والإغناء[٣]. ومنه قوله تعالى: ﴿ وَٱخۡشَوۡاْ يَوۡمٗا لَّا يَجۡزِي وَالِدٌ عَن وَلَدِهِۦ وَلَا مَوۡلُودٌ هُوَ جَازٍ عَن وَالِدِهِۦ شَيۡـًٔا ﴾[٤] أي لا يغني، ولا يكفي عنه[٥].

ويقال: رجل ذو جزاء، أي: غناء[٦]. وجزأت بالشيء جزءاً، أي اكتفيت به[٧]. ومنه الجزية التي تؤخذ من أهل الذمة؛ لأنها أغنت وكفت عن قتلهم[٨].

٥- والجزاء: العوض، والبدل[٩]، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾[١٠] أي بدل منه[١١] قال ابن العربي: (وعليه يحمل جزاء الأعمال؛ لأنه في مقابلتها ثواباً بثواب، وعقاباً بعقاب)[١٢].

= فارس ٤٥٦/١، والصحاح للجوهري ٤٠/١، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٦٤٠ ، والمصباح المنير للفيومي ص٣٩، ومختار الصحاح للرازي ص٦٨ والمعجم الوسيط ١٢٢/١، وتاج العروس للزبيدي ١٣٠/١٠.

(1) سورة البقرة الآية: (٤٨).

(2) انظر تفسير ابن كثير ١٣٥/١، وفتح القدير للشوكاني ٨٢/١ ، والدر المنثور للسيوطي ١٣٣/١.

(3) انظر لسان العرب لابن منظور ١٤٦/١٤، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٦٤٠، والمصباح المنير للفيومي ص٣٩، والصحاح للجوهري ٤٠/١، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٥٥/١، ومجمل اللغة لابن فارس ٤٣٤/١ ، وأساس البلاغة للزمخشري ص٥٩، والنهاية لابن الأثير ٢٦٦/١.

(4) سورة لقمان الآية: (٣٣).

(5) فتح القدير للشوكاني ٢٤٥/٤، وتفسير الطبري ٢٥٥/١٠.

(6) انظر لسان العرب لابن منظور ١٤٦/١٤.

(7) انظر الصحاح للجوهري ٤٠/١.

(8) انظر النهاية لابن الأثير ٢٧١/١، ولسان العرب لابن منظور ١٤٧/١٤، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٦٤٠ والمصباح المنير للفيومي ص٣٩.

(9) انظر المسؤولية والجزاء في القرآن الكريم لمحمد الشافعي ص٣٧٨.

(10) سورة المائدة الآية: ٩٥.

(11) انظر تفسير الطبري ٤٤/٥ وأحكام القرآن لابن العربي ١٧٩/٢.

(12) أحكام القرآن لابن العربي ١٨٠/٢.

وألصق هذه المعاني بالشرط الجزائي هو المعنى الأخير إذ الشرط الجزائي تقدير للعوض وهو بدل عن الضرر المحتمل، ولكن جميع المعاني مناسبة لمعنى الشرط الجزائي، إذ فيه معنى مقابلة الضرر بالعوض الاتفاقي، وفيه شبه بالعقوبة، وإن لم يكن عقوبة محضة، وهو قضاء لحق المشترط المتضرر، وفيه كفاية، وإغناء عن طلب التعويض القضائي. وأبعد المعاني مناسبة هو معنى الثواب.

ثانياً: الجزاء في الاصطلاح الشرعي:

هو: كل ما يناله الإنسان المكلف المسؤول من الله عز وجل من مكافأة[١] مقابل عمله الاختياري الحسن شرعاً في الدنيا والآخرة، ومن عقاب على عمله السيئ شرعاً في الدنيا والآخرة[٢].

وعليه يكون معنى الجزاء الاصطلاحي مناسباً لمعناه اللغوي إذ هو الثواب على العمل الحسن، والعقاب على العمل السيئ.

والشرط الجزائي لا يخرج عن المعنى اللغوي والاصطلاحي للجزاء إذ هو تعويض، وضمان مشترط في العقد يستحق عند الإخلال به فهو جزاء على الإخلال بما تم الاتفاق عليه في العقود.

وبعد أن مهدت ببيان معنى الشرط الجزائي في القانون الوضعي، ثم عرفت أجزاء الشرط الجزائي في اللغة والاصطلاح ظهر جلياً أن معنى الشرط الجزائي في واقعه، مناسب لمعناه المركب من الشرط والجزاء في اللغة

---

[1] الأفضل التعبير (بالثواب) لأن المكافأة لا تستعمل في حق الله عز وجل، لأن فيها معنى مقابلة نعمة بنعمة هي كفؤها، ونعمة الله تتعالى عن ذلك. انظر المفردات للراغب ص١٩٥-١٩٦.

[2] انظر المسؤولية والجزاء للشافعي ص٣٨٠ والشرط الجزائي للشهري ص٤١.

والاصطلاح حيث يمكن تعريفه من خلال تعريف كل من الشرط والجزاء بأنه: (التزام[١] زائد، مضاف إلى العقد[٢]، بالتعويض[٣] المعين[٤]، متى وقع الإخلال الاختياري، المؤدي إلى الضرر)[٥].

المطلب الثالث: الفرق بين الشرط، والسبب، والمانع:

للتفريق بينهما لابد من تعريف كل من السبب والمانع أولاً ثم التفريق بينهما وبين الشرط ثانياً.

أولاً: الفرق بين الشرط والسبب:

١- تعريف السبب: ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم لذاته[٦].

٢- الفرق بين الشرط والسبب يتبين فيما يلي:

الفرق الأول: أن السبب يلزم من وجوده وجود المسبب، أما الشرط فلا يلزم من وجوده وجود المشروط. ومثال ذلك: أن دلوك الشمس سبب لوجوب صلاة الظهر، ولذلك يلزم من وجوده وجود المسبب، وهو وجوب صلاة الظهر، بينما

---

(1) أخذته من المعنى اللغوي الأول للشرط وهو إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه انظر ص٣٤.

(2) مأخوذ من تعريف الشرط في الاصطلاح حيث إن الشرط خارج عن حقيقة العقد انظر ص٤٣ ثم إن في الشرط الجزائي معنى التوثيق والتوكيد للعقد.

(3) مأخوذ من معنى الجزاء لغة إذ أن من معانيه التعويض انظر ص٤٦ .

(4) مأخوذ من تعريف الشرط في الاصطلاح إذ هو: وصف ظاهر منضبط انظر ص٤٣ .

(5) مأخوذ من معنى الجزاء لغة، واصطلاحاً فهو مقابلة العمل بمثله إن حسناً فحسن وإن سيئاً فسيئ ولا شك أن الإخلال بالعقد عمل سيئ فيقابله التعويض جزاء له على إخلاله وعمله السيئ الاختياري أما إذا كان الإخلال خارجاً عن الاختيار فلا يلزم بالجزاء لأن صفة السوء منتفية عنه فلا يجازى وهذا المعنى بين في معنى الجزاء في الاصطلاح الشرعي انظر ص٤٧ .

(6) انظر الفروق للقرافي ٦١/١-٦٢ ، وأصول السرخسي ٣٠١/٢، وحاشية البناني على جمع الجوامع ٩٤/١ ، وشرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٤/١ ، وإتحاف ذوي البصائر للنملة ٢١٨/٢ والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران ص١٦٠ وأصول الفقه للزحيلي ٩٤/١ والموسوعة الكويتية ٥/٢٦.

الوضوء شرط لصحة الصلاة، ولذلك لا يلزم من وجوده وجود المشروط، وهو صحة الصلاة فقد يتوضأ ولا تصح صلاته لفقد ركن، أو وجود مانع، وقد يوجد كذلك ولا توجد الصلاة لعدم دخول الوقت[1].

الفرق الثاني: السبب يتوقف عليه المسبب من حيث الوجود والتأثير، أو الإفضاء، أما الشرط فيتوقف عليه المؤثر، وهو السبب من حيث التأثير لا من حيث الوجود[2].

الفرق الثالث: السبب مناسبته في ذاته، والشرط مناسبته في غيره، فلا يشتمل على المناسبة، ولا على شيء منها في ذاته، بل في غيره ومثال ذلك: النصاب، فإنه سبب في وجوب الزكاة، لأنه مناسب في ذاته، فإن النصاب مشتمل على الغنى ونعمة الملك في نفسه. والحول، فإنه شرط في وجوب الزكاة، لأنه ليس مناسباً في ذاته، بل في غيره وهو السبب الذي هو النصاب؛ إذ أن الحول مكمل لحكمة الغنى، ونعمة الملك في النصاب، بالتمكن من التنمية في جميع الحول[3].

---

(1) انظر المستصفى للغزالي ٣٩/٢ ، وشرح تنقيح الفصول للقرافي ص٨٢، والفروق للقرافي ٦١/١-٦٢، وتهذيب الفروق لمحمد بن حسين ٦٠/١، وشرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٤/١، وأصول الفقه لزكي الدين شعبان ص٢٥٢ وأصول الفقه لخلاف ص١١٩، وأصول الفقه لأبي النور زهير ١١٨/١-١١٩ وأصول الفقه للزحيلي ٩٩/١، ومباحث الحكم لمدكور ص١٤٦، والسبب عند الأصوليين للربيعة ٥٥/٢ والحكم الشرعي لحسين حامد حسان ص٧٦.

(2) انظر كشف الأسرار للبخاري ١٧٤/٤، وفصول البدايع للفناري ١٢٠/٢، والسبب عند الأصوليين للربيعة ٥٦/٢.

(3) انظر الفروق للقرافي ١٠٩/١-١١٠، وشرح تنقيح الفصول للقرافي ص٨٤، وتهذيب الفروق لمحمد ابن حسين ١١٩/١-١٢٠ ، وشرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٦/١-٤٣٧، وعبر الطوفي عن السبب في هذا المثال بجزء العلة. والسبب عند الأصوليين للربيعة ٥٦/٢-٥٧.

ثانياً: الفرق بين الشرط والمانع:

١- تعريف المانع: هو: (ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود، ولا عدم لذاته)[١].

٢- الفرق بين الشرط، والمانع: أن المانع عكس الشرط، لأن الشرط يلزم من عدمه عدم الحكم كالطهارة ــ مثلاً ــ يلزم من عدمها عدم صحة الصلاة. والمانع يلزم من وجوده عدم الحكم، كالحيض يلزم من وجوده عدم وجوب الصلاة. فوجود المانع، وعدم الشرط يلزم منهما عدم الحكم وعدم المانع، ووجود الشرط لا يلزم منهما وجود الحكم ولا عدمه[٢].

---

(1) انظر الفروق للقرافي ٦٢/١ وشرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٦/١ والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد ص١٦٣ والكلام الجامع على الحكم والشرط والسبب والمانع لعبد الله آل عبد اللطيف ص١١٠ ، وأصول الفقه الإسلامي للزحيلي ١٠٢/١ ، وإتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر للنملة ٢٣١/٢ ومباحث الأحكام دياب عطا ص١٢٦ ، ومذكرة أصول الفقه على روضة الناظر لمحمد الأمين الشنقيطي ص٤٤.

(2) انظر إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر للنملة ٢٣٢/٢ ومباحث الاحكام لدياب عطا ص١٢٦ ، والمذكرة للشنقيطي ص٤٤ وشرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٦/١.

تنبيه: للسبب والشرط أنواع كثيرة، بعضها تتوفر فيه جميع الخصائص وبعضها الآخر تتخلف عنه بعض الخصائص، لذا فالفروق المذكورة سابقاً هي بين الأنواع الحقيقية التي يمثلها تعريف الشرط والسبب، والكلام في هذا المجال يطول بما يخرج عن نطاق البحث لذا آثرت الاقتصار على ماله صلة بالبحث.

المبحث الثاني: أقسام الشرط

المطلب الأول: مناهج العلماء في تقسيم الشرط:

اختلف العلماء في تقسيمهم للشروط ومرجع ذلك يعود إلى اختلاف الاعتبارات التي اعتمدوا عليها.

وأبرز هذه التقسيمات ما يلي:

الأول: منهج الأصوليين الذين كتبوا على طريقة المتكلمين.

الثاني: منهج الأصوليين الحنفية الذين كتبوا على طريقة الفقهاء[١].

أ- المنهج الأول: وقد قسموا فيه الشرط إلى خمسة أقسام وذلك باعتبار مصدره، وأصله وهي ما يلي:

١- الشرط العقلي: وهو ما لا يوجد المشروط، ولا يمكن عقلاً بدونه. ومثاله: اشتراط الحياة للعلم.

٢- الشرط الشرعي: وهو ما جعله الشارع شرطاً لبعض الأحكام. ومثاله: اشتراط الإحصان، لوجوب الرجم إذا زنا المكلف، فإن الشارع هو الذي حكم بأنه لا يرجم إلا الزاني المحصن، فيتوقف وجود الرجم على وجود الإحصان في الزاني.

٣- الشرط اللغوي: وهو ما يذكر بصيغة التعليق مثل: (إن) أو إحدى أخواتها. مثل: قول الزوج لزوجته (إن دخلت الدار فأنت طالق) فإن

---

(1) انظر الشروط الجعلية في عقد البيع لعبد الله الحكمي ص٨.

أهل اللغة وضعوا التركيب ليدل على أن ما دخلت عليه أداة الشرط، هو الشرط والآخر المعلق عليه هو الجزاء.

٤- الشرط العادي: وهو ما اقتضت العادة وجود الشيء بوجوده، وعدمه بعدمه. ومثاله: نصب السلم لصعود السطح[١]. فإن العادة تقضي بأنه لا يمكن لأي إنسان أن يصعد السطح إلا بوجود السلم، أو نحوه مما يقوم مقامه. وبعض الأصوليين يعتبر القسمين الأخيرين من قبيل الأسباب، لا من قبيل الشروط لأنه يتحقق فيهما تعريف السبب حيث يلزم من وجودهما الوجود، ومن عدمهما العدم[٢].

٥- الشرط الجعلي[٣]:

---

(1) انظر إتحاف ذوي البصائر للنملة ٢٢٧/٢-٢٢٨ وشرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣١/١-٤٣٢ ومختصر ابن الحاجب وشرحه للقاضي العضد وحاشية التفتازاني ١٤٥/٢ والإحكام للآمدي ٣٠٩/٢ ، والمستصفى للغزالي ١٨١/٢ وإرشاد الفحول للشوكاني ص١٥٣ ، والموافقات للشاطبي ٢٦٦/١ وشرح جمع الجوامع للمحلي ٢١/٢-٢٢ ، وغاية الوصول لأبي يحيى زكريا الأنصاري ص١٣ والتيسير في أصول الفقه للسلقيني ص٢٢١ ، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران ص١٦٢-١٦٣ والشروط في عقد البيع للسلطان ص١٦-١٧ والشروط الجعلية في القرض للعبودي ص٢٣-٢٤.

(2) انظر الفروق للقرافي ٦١/١-٦٢ ، وتهذيب الفروق لمحمد علي بن الحسين بهامش الفروق ٥٩/١-٦٠-٦١ وإدرار الشروق وهو ما يعرف بحاشية ابن الشاط على الفروق ٦١/١-٦٢-٦٣ وإتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر للنملة ٢٢٧/٢-٢٢٩ والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران ص١٦٣ ، والسبب عند الأصوليين للربيعة ١٦٢/٢ وما بعدها والتحرير لابن الهمام مع شرحه التيسير لأمير بادشاه ٣٨٥/٢، وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت لعبد العليم الأنصاري ٣٤١/١ ومسلم الثبوت لابن عبد الشكور ٣٦٨/١.

(3) الجَعل في اللغة يأتي بمعنى الوضع يقال: جَعَل الشيء جعلاً وضعه، ويأتي أيضاً بمعنى صنعه وصيره، والجُعل: بالضم ما يعطى للإنسان على فعل معين انظر القاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٢٦٢ ومختار الصحاح للرازي ص٦٩ والمصباح المنير للفيومي ص٤٠ ولذلك يطلق على الشرط الجعلي الشرط الوضعي.

ويقصد به ما يكون اشتراطه بتصرف الإنسان، وإرادته، فيجعل بعض عقوده، أو التزاماته معلقة عليه، أو مرتبطة به، بحيث إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود والالتزامات، وهو قسمان:

١- تقييدي: مثل وقفت على أولادي من كان منهم طالباً للعلم، أو اشتريت منك بشرط إن تأخرت في التسليم عن يوم كذا أن تعوضني عن التأخير كذا وكذا ــ وهو ما يسمى بالشرط الجزائي.

٢- تعليقي: مثل إن دخلت الدار فأنت طالق[1]. والشرط الجزائي من الشروط الجعلية لذلك سيأتي لها مزيد بيان وإيضاح في المطلب التالي.

ب- المنهج الثاني:

وقسموا فيه الشرط باعتبار الحقيقة وعدمها إلى قسمين:

١- الشرط حقيقة أو الشرط المحض: وهو ما يمتنع بتخلفه وجود العلة ويدخل في هذا القسم الشروط الشرعية كالطهارة للصلاة، والشروط الجعلية التي يضعها المكلفون في عقودهم أو غيرها من الالتزامات، والتصرفات كالطلاق، والعتاق، والوصية[٢].

---

[1] انظر أصول الفقه للزحيلي ١٠١/١ ، والشروط الجعلية في عقد البيع للحكمي ص١٠ ، والموسوعة الكويتية ٦/٢٦.

[2] انظر حاشية الرهاوي على شرح المنار لابن ملك ص٩٢١ ومرآة الوصول لشرح مرقاة الوصول لمنلا خسرو ومعه حاشية الأزميري ٤٢١/٢، وكشف الأسرار للبخاري ٢٠٢/٤-٢٠٣ وما بعدها، وشرح المنار لابن ملك ص٩٢١، وأصول السرخسي ٣٢٠/٢ وما بعدها، والمغني في أصول الفقه للخبازي ص٣٤٥. والموسوعة الكويتية ٦/٢٦ وما بعدها، والشروط الجعلية في عقد البيع للحكمي ص٩ ومباحث الأحكام لدياب عطا ص١٢٠ وما بعدها.

٢- الشرط مجازاً أو الشرط المجازي: وهو كل ماعدا ما تقدم وكل الأقسام فيما عدا القسم الأول هي من هذا النوع وإن عدها بعضهم أقساماً مستقلة ومنها:

- شرط في حكم السبب: وهو شرط حصل بعد حصوله فعل فاعل مختار غير منسوب ذلك الفعل إلى الشرط كما إذا حل قيد صيد حتى نفر لا يضمن عند الحنفية خلافاً لمحمد، فإن الحل لما سبق النفور الذي هو علة التلف صار كالسبب فإنه يتقدم على صورة العلة والشرط يتأخر عنها[١].

وبعد هذا الاستعراض الموجز للتقسيمين، أجد أن التقسيمين لا تعارض بينهما في حقيقة الأمر، إذ اختلاف التقسيم مرجعه إلى الاعتبار الذي قسمت بموجبه الشروط، وأهم الأقسام التي أشير إليها في التقسيمين بالنسبة للفقه عموماً، وهما محل بحث الفقهاء: الشرط الشرعي، والشرط الجعلي[٢] ــ وهذا هو الأهم بالنسبة للبحث ــ لذا سأخصهما بمزيد بيان وإيضاح في المطلب التالي.

---

[1] انظر المغني للخبازي ص٣٤٩-٣٥٠ وما سبق من المراجع في الهامش السابق. ومن الشروط المجازية غير ما ذكر أعلاه ما يلي:

أ- شرط في حكم العلة.

ب- شرط اسماً لا حكماً.

ج- شرط هو علامة.

[2] حصر بعض العلماء المعاصرين أنواع الشروط في هذين النوعين: الشرعي، والجعلي. انظر المدخل الفقهي العام للزرقا ٤٢٥/١ وما بعدها، و ٥٤٢-٥٤٧ وما بعدها، وأصول الفقه لأبي زهرة ص٥٧ ، وأصول الفقه لخلاف ص١٢٠ وأصول الفقه للزحيلي ١٠١/١

المطلب الثاني: الشرط الشرعي، والشرط الجعلي:

أولاً: الشرط الشرعي: وهو الذي يكون اشتراطه بحكم الشارع، كالشروط التي اشترطها الشارع في العبادات، والمعاملات، وإقامة الحدود وغيرها[1] ويعبر عنها في جانب العقود (بشروط العقد) وقد ذكر لها الفقهاء في هذا الجانب أنواعاً عدة[2] ، ليست كلها موضع اتفاق بينهم[3] ولأن هذا القسم ليس مدار البحث، فسأكتفي بتعدادها مع ضرب الأمثلة وهي ما يلي:

١- شروط الانعقاد: (كالعقل) في المتعاقدين، فلا ينعقد عقد المجنون، والصبي الذي لا يعقل، والمغمى عليه، بل يقع باطلاً باتفاق العلماء[4]

---

(1) انظر إتحاف ذوي البصائر للنملة٢/٢٢٧، والتيسير في أصول الفقه للسلقيني ص٢٢١. والشروط الجعلية في عقد البيع للحكمي ص١٠ ومباحث الشرط عند الأصوليين لصبحي محمد جميل بحث في مجلة التجديد، العدد الرابع، (١٤١٩هـ) الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا ص١١٥ وأصول الفقه الإسلامي للزحيلي ١/١٠١.

(2) الفقهاء الحنفية هم الذين قسموا الشروط المذكورة أعلاه بهذا الوضوح ، والدقة. انظر حاشية ابن عابدين ٤/٥ ، وأثر الشرط في الفقه لزهرة الألمعي ٢٦٥ ، والأحوال الشخصية لأبي زهرة ص٤٠-٥٢-٥٨-٥٩، وقد ذكر الفقهاء للشروط الشرعية في جانب العبادات أقساما هي: أ- شرط وجوب مثل: النقاء من الحيض شرط في وجوب الصلاة، ب- شرط صحة ، مثل: الطهارة لصحة الصلاة ج- شرط إجزاء مثل: الحرية للحج، فلا يجزئ الحج من العبد ــ مع صحته منه ــ
د- شرط أداء: وهو حصول شرط الوجوب مع التمكن من إيقاع الفعل فيخرج به الغافل، والنائم والمكره فإنهم غير مكلفين بأداء الصلاة مع وجوبها عليهم انظر منتهى الإرادات للفتوحي ١/٤٨، ٢/٥٧ والموسوعة الكويتية ٥٦/٢٦ وحاشية الروض المربع لابن قاسم ٥٠٤/٣ وإتحاف ذوي البصائر للنملة ٢/٢٢٨.

(3) أي في التفصيل وسيأتي المثال قريباً في إذن الولي لنفاذ تصرف الصبي المميز

(4) انظر البحر الرائق لابن نجيم ٥/٢٧٨، وحاشية ابن عابدين ٤/٥ ، وشرح الخرشي ٥/٨ وبلغة السالك للصاوي مع الشرح الصغير للدردير ٢/٤، معني المحتاج للشربيني ٢/٧ والمجموع للنووي ٩/١٨١-١٨٢، والمبدع شرح المقنع لابن مفلح ٤/٨ والكافي لابن قدامة ٣/٦ والشرح الكبير لابن قدامة ومعه المقنع لموفق الدين ابن قدامة والإنصاف للمرداوي ١١/١٨ والإقناع للحجاوي ٢/١٥٥والإفصاح لابن هبيرة ١/٣٢٦، ومراتب الإجماع لابن حزم ص٨٣، ورحمة الأمة في اختلاف الأئمة لمحمد العثماني ص١٢٧.

٢- شروط النفاذ: كإذن الولي لنفاذ بيع الصبي المميز[١] .

٣- شروط الصحة: كالقدرة على تسليم المبيع[٢].

٤- شروط اللزوم: كعدم الخيار للزوم البيع[٣].

ثانياً: الشرط الجعلي:

هو ما كان مصدر اشتراطه إرادة المكلف ورغبته فيجعل بعض عقوده، أو التزاماته معلقة عليه، أو مقيدة به بحيث إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقــق تلك العقود والالتزامات[٤] وهو قسمان:

---

[1] هذا عند من قال بانعقاد بيع الصبي المميز، لكن نفاذه موقوف على إذن الولي، وهم الحنفية، والمالكية، ورواية عند الحنابلة. انظر تبيين الحقائق للزيلعي ١٩١/٥ والاختيار للموصلي ٩٤/٢، وحاشية ابن عابدين ١١٠/٥، وبدائع الصنائع للكاساني ١٤٩/٥ـــ ١٥٠ ونتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لأحمد بن فودر المعروف بقاضي زاده ٢٥٤/٩ وبداية المجتهد ٢٨٢/٢، وحاشية الدسوقي ٢٤٩/٣، والقوانين الفقهية لابن جزي ص٣١٦، وأسهل المدارك شرح إرشاد السالك للكشناوي ٢٧٣/٢، ومواهب الجليل للحطاب ٢٤٥/٤، ومواهب الجليل من أدلة خليل للجكني ٣٨٢/٣-٣٨٥-٣٨٦ والإقناع للحجاوي ١٥٦/٢، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ١٨/١١-١٩ ، والإنصاف للمرداوي مع الشرح الكبير ١٨/١١، المغني لابن قدامة ٣٤٧/٦.

أما من قال بعدم انعقاد البيع من الصبي المميز فالبيع باطل أصلاً فلا حاجة إلى إذن لنفاذه وهم الشافعية ورواية عند الحنابلة انظر المجموع للنووي ١٨٢/٩، والمغني لابن قدامة ٣٤٧/٦، والإنصاف للمرداوي ١٨/١١ وانظر الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء للكبيسي ص٣٣٢.

[2] انظر اللباب في شرح الكتاب للميداني ٢٥١/١، والاختيار للموصلي ٢٤/٢، والهداية للمير غناني وشرحه البناية للعيني ١٣٩/٧ وبداية المجتهد لابن رشد ١٧٢/٢، وبلغة السالك مع الشرح الصغير للدردير ٩/٣-١٤ والمهذب للشيرازي وشرحه المجموع للنووي ٣٤٣/٩، والتنبيه للشيرازي ص٨٨ وزاد المستقنع للحجاوي ص٥٥، وكشاف القناع للبهوتي ١٦٢/٣ ومنتهى الإرادات للفتوحي ومعه حاشية المنتهى لعثمان النجدي ٢٦٠/٢ .

[3] انظر العناية على الهداية للبابرتي مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام ٢٩٨/٦. وبداية المجتهد لابن رشد ١٧٠/٢، والتنبيه للشيرازي ص٧٨، والمجموع للنووي ٢٠٥/٩ والمغني لابن قدامة ٣٠/٦.

[4] انظر أصول الفقه للزحيلي ١٠١/١، والمدخل الفقهي العام للزرقا ٣٩٤/١ وضوابط العقد للبعلي ص٢٨٥ويعبر عنه (بالشروط في العقود) انظر منتهى الإرادات للفتوحي ٢٨٦/٢.

القسم الأول: الشرط المعلِّق، أو التعليقي، أو التعليق:

والتعليق لغة: مصدر علّق، يقال: علق الشيء بالشيء ومنه وعليه تعليقاً: ناطه به[1].

وهو في الاصطلاح: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، سواء أكان الربط بأداة من أدوات الشرط كإن ، وإذا ، ومتى وغيرها مما يقوم مقامها، أو كان بغير أداة شرط، بدلالة السياق.

ومثال الربط بين جملتي التعليق بأداة الشرط: قول الرجل لامرأته، إن دخلت الدار فأنت طالق.

ومثال دلالة السياق: قول الرجل: المكافأة التي سأنالها هذا العام، صدقة على الفقراء.[2]

وهذا القسم هو ما يطلق عليه الشرط اللغوي الذي مر بنا سابقاً[3] .

وعقود المعاوضات المالية لا تقبل التعليق في الجملة عند عامة الفقهاء[4] إلا ما ذكر عن الإمام أحمد[1] .

---

[1] انظر لسان العرب لابن منظور ٢٦٢/١٠.

[2] انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣١٧، البحر الرائق لابن نجيم ٢/٤ وتنوير الأبصار لمحمد التمرتاشي ٤٩٢/٢ ، وأصول الفقه للزحيلي ١٠١/١ والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٤٦، والمدخل الفقهي العام للزرقا ٣٩٤/١ والموسوعة الكويتية ٢١٨/١٢ وما بعدها.

[3] انظر ص٥١-٥٢ وقد بينت سابقاً أن بعض العلماء عده من الأسباب لا من الشروط.

[4] انظر أصول السرخسي ٢٦٤/١، وشرح المنار لابن ملك ص٥٥٥، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣١٨ والفروق للقرافي ٢٢٩/١، والمهذب للشيرازي وشرحه المجموع للنووي ٤١٤/٩، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٩٧، ونهاية المحتاج للرملي ٣٧١/٣، وتحفة المحتاج للهيتمي ٢٢٥/٤، وكشاف القناع للبهوتي ١٩٥/٣ ومطالب أولي النهى للرحيباني ٧٧/٣، والشرح الكبير لعبد الرحمن ابن قدامة ٢٤٩/١١، والمقنع لابن قدامة ومعه الشرح والكبير ٢٤٩/١١.

القسم الثاني: الشرط المقيِّد المقترن بالعقد[٢] أو الشرط التقييدي:

وهو: ما يضعه الناس بعضهم على بعض في عقودهم، وتصرفاتهم من التزامات زائدة تعدل آثار العقد، أو التصرف.

ومثاله: أن يبيع شخص لآخر منزلاً، على أن يسكنه شهراً أو يتزوج رجل امرأة، بشرط أن لا يخرجها من بلدها[٣] والشرط الجزائي أحد أنواع هذا القسم[٤]، إذ هو تقييد للعقد ببيان قدر العوض عند الإخلال المؤدي للضرر.

ويدخل في مفهوم الشرط المقيِّد، ما يسمى بشرط الإضافة، أو الشرط الإضافي، ويقصد به تأخير سريان أحكام العقد إلى زمن مستقبل، كالاتفاق على بدء الإجارة بعد أسبوع مثلاً.

فالعقد المطلق يقتضي سريان حكم الإجارة من حين العقد لكن تقييده بيوم معين، ألزم المتعاقدين بأمر لا يقتضيه العقد، وهو بهذا يرجع إلى مفهوم الشرط التقييدي[٥] وقد عده بعض العلماء قسماً مستقلاً[١] .

---

[1] نقل عن الإمام أحمد رواية مرجوحة بجواز تعليق البيع على الشرط، كقولك بعتك إن رضي أبي واختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وانتصر لها. انظر الإنصاف للمرداوي مع الشرح الكبير ٢٤٩/١١ والاختيارات الفقهية للبعلي ص١٢٣.

[2] عبرت بالمقترن بالعقد، لأن مقارنة العقد هي المحل الطبيعي للاشتراط، والأصل في الشروط أن تكون مقارنة للعقد للتأثير فيه بالصحة أو الفساد. أما الشروط المتقدمة ، والمتأخرة ففي تأثيرها خلاف يرجع إلى إلحاقها بالمقترنة، أو عدم إلحاقها وسيأتي لهذا زيادة إيضاح في الفصل الأول من الباب الثالث عند الحديث عن موضع الشرط الجزائي من العقد.

[3] انظر نظرية الشروط المقترنة بالعقد لزكي الدين شعبان ص٢٩، وأصول الفقه للزحيلي ص١٠١، والوجيز في أصول الفقه لزيدان ص٦١-٦٢، والموسوعة الكويتية ٩/٢٦، ونظرية الشرط للشاذلي ص٥١.

[4] ولأهمية هذا القسم للبحث، كون الشرط الجزائي أحد أنواعه فسأفرد للحديث عنه وبيان الصحيح منه، والفاسد الفصل الثاني من هذا الباب.

[5] انظر الشروط الجعلية في عقد البيع للحكمي ص١١.

المبحث الثالث: معنى الشرط الجزائي ونشأته في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: معنى الشرط الجزائي عند الفقهاء المعاصرين:

سأستعرض في هذا المطلب أهم تعريفات الشرط الجزائي التي ذكرها بعض الفقهاء المعاصرين ثم أذكر التعريف المختار ولا أدعي أنه سيكون حداً[٢] .

أولاً: تعريفات الشرط الجزائي عند بعض الفقهاء المعاصرين:

١- عُرف بأنه: (اتفاق، تابع، يحدد بموجبه الطرفان مسبقاً التعويض، أو العقوبة، عند عدم التنفيذ، أو التأخر فيه)[٣] وأبرز المآخذ عليه ما يلي:

---

(1) انظر المدخل الفقهي العام للزرقا ٥٧٣/١ –٥٧٧، وأصول الفقه للزحيلي ١٠٢/١، والفقه المقارن للدريني ص٥٩٤.

(2) شروط الحد الصحيح التام كما بينها المناطقة سبعة هي:

الشرط الأول: (اجتناب تعريف المصطلح بنفسه).

الشرط الثاني: (اجتناب تعريف المصطلح بما لا يعرف إلا به) وعدم احترام هذا الشرط يوقع في الدور لذلك فقد انتقُد من حد الخبر (بالمحتمل للتصديق والتكذيب المحددين بالصدق والكذب)، لأن التصديق والتكذيب لا يمكن تعريفهما إلا بالصدق والكذب، ولأن الصدق والكذب لا يمكن تعريفها إلا بالخبر.

الشرط الثالث: (اجتناب تعريف المصطلح بما هو أخفى منه).

الشرط الرابع: (اجتناب تعريف المصطلح بمثله) أي بما يساويه في المعرفة والجهالة.

الشرط الخامس: (الترتيب) بأن يذكر الجنس والفصل القريبان فلا يقال في حد الآدمي: (جسم ناطق) بل (حيوان ناطق)، لأن الحيوان جنس قريب، والجسم جنس بعيد فلا يذكر البعيد مع وجود القريب.

الشرط السادس: (الاستبهام) وهو: ضرورة الاستغناء عن تعريف المصطلحات التي لا تحتاج إلى تعريف، لأنها متصورة بالبداهة، أو مدركة بالفطرة كاللذة والألم والصوت.

الشرط السابع: المساواة: بأن يكون جامعاً مانعاً. انظر الإحكام للآمدي ٢٠٠/٢-٢٠٤، ومفتاح العلوم للسكاكي ص٦٧٩-٦٨٠-٦٨١، والتفسير الكبير للرازي ٢١/١-٣٥-٦١ ٢٠١/٢ وما بعدها، والمحصول للرازي ج١ ق١ ص٣٤٧ وج١ ق٢ ص٢٣، وشرح تنقيح الفصول للقرافي ص٤ وما بعدها، والإغراب في جدل الإعراب لابن الأنباري ص٣٧-٣٨ ، وروضة الناظر لابن قدامة ضمن ابن قدامة وآثاره الأصولية للسعيد ١١/٢-١٢، والواضح لابن عقيل ١٥/١-١٦، وشرح الكوكب المنير لابن النجار ٩١/١-٩٢، والمستصفى للغزالي ١٥/١-١٦، والتلخيص لإمام الحرمين ١٠٧/١-١٠٨.

(3) الشرط الجزائي للرويشد ص٥٢

أ- أنه لم يحدد طبيعة الشرط الجزائي، فجعله متردداً بين التعويض، والعقوبة وسيأتي لاحقاً وجه الفرق بينه وبين العقوبة[١]

ب- جعله عوضاً عن عدم التنفيذ أو التأخير فقط، ولم يشر إلى حالات الإخلال الأخرى، مثل: التنفيذ المعيب، أو التنفيذ الجزئي.

ج- لم يربطه بالضرر.

د- قوله (تابع) يوهم أنه تابع للعقد، رغم أن الشرط الجزائي في غالب أمره يكون مقترناً، لكن يظهر أن مراده أن الشرط الجزائي التزام تابع وليس أصلياً.

٢- وعرف بأنه (اتفاق المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يجب على المدين دفعه للدائن في حالة عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخر في تنفيذه جزاء لما سببه المدين من ضرر لحق بالدائن)[٢]

وأبرز المآخذ عليه:

أ- أنه خصه بالدين، رغم أنه يدخل على غيره من العقود، بل دخوله على الديون محرم عند عامة العلماء، كما سأبينه عند الحديث عن حكم الشرط الجزائي[٣].

ب- أنه جعل الشرط الجزائي عوضاً عن عدم التنفيذ، أو التأخر فقط ولم يشر إلى حالات الإخلال الأخرى، مثل التنفيذ المعيب، أو التنفيذ الجزئي.

---

(1) انظر ص١٥٥ وما بعدها.

(2) الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله للحموي ص٤٨ .

(3) انظر ص٢٠٨ .

ج- أنه قصر تحمله على المدين رغم أنه قد يكون مشترطاً على الدائن كما لو كان الدين عبارة عن دفعات محددة في أوقات مختلفة، فتأخر الدائن في تسليمها، مما ألحق الضرر بالمدين المشترط وهـذا فـي القـانون الوضعي.

٣- وعُرف بأنه: (اتفاق المتعاقدين، مقدماً على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، أو تأخر فيه)[١].

وأبرز المآخذ عليه:

أ- أنه خصه بالدين فقط.

ب- لم يشر إلى حالات الإخلال الأخرى مثل التنفيذ المعيب أو التنفيذ الجزئي.

ج- لم يربطه بالضرر.

د- قصره على المدين.

٤- وعُرف بأنه: (عبارة عن بند، تبعي، في العقد، اتفق عليه المتعاقدان، مسبقاً، مقتضاه، التزام كل من المتعاقدين بتعويض مالي، محدد، عادل، عن الضرر الناشئ عن الإخلال بالالتزام)[٢].

وأبرز المآخذ عليه:

أ- أنه خصه بأنه بند في العقد، ومع أن هذا هو الأغلب، إلا أنه قد يأتي لاحقاً.

ب- قوله: (التزام كل من المتعاقدين) يوهم أن الشرط الجزائي يكون لازماً من المتعاقدين جميعاً، مع أن الشرط الجزائي في كثير من الأحيان، يكون مشترطاً من أحدهما دون الآخر.

---

(1) نظرية الشروط المقترنة بالعقد لزكي الدين شعبان ص١٦١.

(2) الشرط الجزائي لعبد الله الشهري ص٦١.

ج- قولــه (مسبقاً) يوهم أنه قبل العقد، رغم أن المؤكد أن الباحث لم يقصد إلا مسبقاً قبل الضرر لكنها عبارة موهمة، أو قل: زائدة لا فائدة منها، لأن عبارة (في العقد) تغني عنها.

٥- وعرف بأنه (إقرار العقوبة المالية على الذي لا يفي بالتزاماته، المنصوص عليها في العقد)[١] وأبرز المآخذ عليه ما يلي:

أ- أنه جعل الشرط الجزائي عقوبة، وفرق بينهما كما سأبين لاحقاً[٢].

ب- لم يبين مصدر الالتزام بالشرط الجزائي هــل همــا المتعاقــدان، أم القاضي وبالتالي في هذه الحالة الأخيرة يكون تعويــضاً قــضائياً لا شرطاً جزائياً[٣].

٦- وعرف بأنه: (بند خاص يضعه المتعاقدان داخل العقد حــين إبرامــه، أو خارجه بعد عقده وإبرامه، ولا يمس أصلاً بجــوهر الاتفــاق، وأركانــه، وغايته، ولا يعلق الاتفاق، ولا يوقفه وهو يرمــي إلــى تنفيــذ الاتفــاق، وإنجازه، وإلى عدم المماطلة في الوفاء به، لأنه في غالب الصور يــضع عقاباً للمماطل المخل بالوفاء ويحكم مسبقاً بغرامة قد تناسب الضرر، أو لا تناسبه يجب على المخالف دفعها عند عدم الوفاء)[٤].

وأبرز المآخذ عليه:

أ- أنه جعله عقوبة وغرامة وهو ليس كذلك بل هو تعويض عن الضرر.

---

[1] مشكلات الاقتصاد الإسلامي لعبد الحليم عويس ص١٩٦.

[2] انظر ص١٥٥ .

[3] انظر الشرط الجزائي للشهري ص٦١ .

[4] الشرط الجزائي لمحمود شمام أحد البحوث المقدمة للمجمع الفقهي في دورته الثانية عشرة:١٤٢١هـ ص٥

ب- قولــه: (قد تناسب الضرر أو لا تناسبه) غير صحيح بل لابــد مــن المناسبة ليكون مشروعاً عند من قال بصحته.

ج- قولــه: (يجب على المخالف دفعها) وهذا غير صحيح، لأنه قــد لا يدفعه إذا لم تتوفر شروطه

د- أنه يصدق عليه أنه وصف لا تعريف.

٧- وعُرف بأنه: (اتفاق المتعاقدين في ذات العقد، أو في اتفاق لاحق، وبشرط أن يكون ذلك قبل الإخلال بالالتزام على مقدار التعويض الذي يــستحقه الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، أو تأخيره عنه فيه)[١].

وأبرز المآخذ عليه:

١- أنه خصه بالديون.

٢- أنه لم يشر إلى حالة التنفيذ المعيب أو الجزئي.

والملاحظ على هذه التعريفات عدم الإشارة إلى الضوابط الشرعية التي يكون الشرط الجزائي بموجبها صحيحاً في الفقه الإسلامي[٢] ماعدا التعريــف الرابع الذي أضاف إلى التعريف لفظ (عادل).

لكن يعتذر للجميع بأن قصدهم من التعريف هو إعطــاء تــصور عــن الشرط الجزائي في واقعه ولم يقصدوا تعريفاً يراعي شروط صحته في الفقــه الإسلامي.

ثانياً: التعريف المختار للشرط الجزائي الصحيح ــ عند من قال به ــ.

---

(1) بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ــ بحث صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي لمحمد شبير ٢/٨٥٥.

(2) أي عند من قال بصحته.

يمكن أن يعرف بأنه (التزام زائد، يتفق بموجبه المتعاقدان على تعيين التعويض الشرعي الذي يُستحق عند الإخلال الاختياري المضر بالمشترط).

شرح التعريف:

(التزام): وهذه طبيعته، كشرط ملزم.

(زائد): أي عن أصل العقد، وهذه من خصائص الشروط المقيدة المقترنة بالعقد[١].

(التعويض الشرعي): احتراز من الشرط الجزائي الفاسد كالمؤدي إلى الربا، أو المجحف بالزيادة عن الضرر الواقع، أو النقصان المجحف بالمتضرر. فإذا ظهر إجحاف في تقدير التعويض حين وقوع الضرر فإنه يعدل ليتناسب مع الضرر.

(المضر): احتراز من حالة عدم الضرر، والتي تؤدي إلى عدم استحقاقه.

وفي هذا التعريف تظهر بعض خصائص الشرط الجزائي الصحيح ــ عند من قال بجوازه ــ وهي ما يلي:

١- أنه التزام زائد، وتابع، فليس هو الالتزام الأصلي وهذه طبيعة غالب الشروط في العقود.

٢- أنه تعويض عن الضرر الناشئ من الإخلال، وليس عقوبة

٣- أن الاتفاق عليه يكون قبل وقوع الإخلال، ويستحق عنده.

٤- أنه مرتبط بالضرر فلا يستحق بدون ضرر.

---

(1) انظر ص٥٨ .

٥- يراعى في تقديره العدل، فلا ضرر ولا ضرار، وفي حالة تبين وجود مبالغة في الزيادة، أو النقصان، فللقاضي تعديله إحقاقاً للعدل.

المطلب الثاني: تأريخ الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي:

من المعلوم بداهة أن مصطلح (الشرط الجزائي) لم يعرف في الفقه الإسلامي[١] إلا في العصر الحاضر. لكن محل الخلاف هو هل تحدث الفقهاء القدماء عنه أو ذكروا بعض صوره ومسائله تحت مسميات أخرى؟

اختلف الباحثون المعاصرون على قولين:

الرأي الأول: أن الفقه الإسلامي لم يعرف الشرط الجزائي مطلقاً، ولم يجر الحديث عن أي نوع من أنواعه، وما ذكر في الفقه من مسائل شبيهة، ونظيرة للشرط الجزائي كالعربون ونحوه، فهذه ليست شروطاً جزائية ولا يعني التشابه في بعض الأوجه كونها شروطاً جزائية[٢] .

الرأي الثاني: أن الفقه الإسلامي لم يعرف الشرط الجزائي اسماً، ولا عرفه بكل صوره ، وأنواعه، وضوابطه الموجودة الآن لكنه عرف عدداً قليلاً من صوره [٣] والتي من أبرزها:

ما ثبت في الصحيح من رواية ابن سيرين ــ رحمه الله ــ أنه قال: قال الرجل لكريِّة[٤] أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا، فلك مائة

---

[1] انظر بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ــ بحث صيانة المديونيات لشبير ٨٥٤/٢.

[2] انظر الشرط الجزائي للضرير ــ أحد البحوث المقدمة للمجمع الفقهي في دورته الثانية عشرة ١٤٢١هــ ص١٠.

[3] انظر أثر الاستصناع لمحمد الفرفور ــ مجلة مجمع الفقه الإسلامي ــ العدد السابع الجزء الثاني ١٤١٢ هــ ص٥١٣، وبحث اللجنة الدائمة للإفتاء ــ المملكة العربية السعودية ١٣٩٤هــ ــ المنشور في مجلة البحوث الإسلامية ــ العدد الثاني ــ ١٣٩٥هــ ص٦١، والشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله للحموي ص١٩٣ ، والمدخل الفقهي العام للزرقا ٥٦٦/١، والشرط الجزائي للرويشد ص٥٩٨، والشرط الجزائي للشهري ص٧٢، ومشكلات الاقتصاد الإسلامي لعويس ص٢٠.

[4] الكري : مؤجر الدواب يقال: كري الإبل، ومكاري الدواب. وجمعه: أكرياء ومكارون. انظر القاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٧١٢، وأساس البلاغة للزمخشري ص٣٩١.

درهم، فلم يخرج، فقال شريح: (من شرط على نفسه طائعاً غير مكره، فهو عليه)[١] .

والصحيح ــ والله أعلم ــ هو القول الأول لما يلي:

أولاً: أن بين المسألة التي ذكرت وبين الشرط الجزائي فروقاً منها ما يلي:

١- أن هذه المسألة لحق عدول المستأجر عن العقد، أما الشرط الجزائي فهو تقدير للتعويض عن الضرر الذي يلحق بسبب عدم تنفيذ العقد.
٢- الالتزام بالدفع في المسألة قائم، ولو لم يترتب على العدول ضرر، لأنه مقابل العدول، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر على الدائن، لأنه تقدير للتعويض عن الضرر.
٣- أن هذا التقدير لا يعدل، أما الشرط الجزائي فيخفض ويزاد.
٤- أن المستأجر في هذه المسألة مخير بين تنفيذ العقد وبين دفع المبلغ، أما في العقد الذي فيه شرط جزائي فلا خيار، بل لابد من تنفيذ الالتزام الأصلي، ما دام ممكناً[٢] فهذه من مسائل العربون لا الشرط الجزائي وسيأتي بيان الفرق بين الشرط الجزائي والعربون[٣].

ثانياً: أن هذه الصورة وغيرها، تفتقر إلى طبيعة الشرط الجزائي التي قصدها واضعوه، وهي أنه تقدير مسبق للتعويض عن الضرر[٤].

---

[1] صحيح البخاري ومعه فتح الباري لابن حجر كتاب الشروط باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار، والشروط التي يتعارفها الناس بينهم ٧٠٧/٥.

[2] انظر الوسيط للسنهوري ٨٦٤/٢-٨٦٥ حيث ذكر الفرق بين الشرط الجزائي والعربون وهو ما ينطبق على هذه المسألة تماماً.

[3] انظر ص١٤٨ وما بعدها.

[4] هذه هي الطبيعة، والكيفية القانونية الوحيدة التي يمكن مناقشة حكمها في الشريعة الإسلامية أما ما عداها من الكيفيات التي مرت بنا في التمهيد القانوني ص٢٣-٢٤ كالكيفية التأمينية أو الاتفاقية البحتة،

الفصل الثاني

الشروط المقترنة بالعقد والأصل فيها

ويشتمل على سبعة مباحث هي:

المبحث الأول: معنى الشروط المقترنة بالعقد والفرق بينها وبين الشروط التعليقية.

المبحث الثاني: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الحنفية.

المبحث الثالث: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند المالكية.

المبحث الرابع: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الشافعية.

المبحث الخامس: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الحنابلة.

المبحث السادس: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الظاهرية.

المبحث السابع: أسباب الاختلاف والأصل في الشروط وأثره في الحكم على الشرط الجزائي.

أو العقابية، أو المختلطة بين العقابية والتعويضية فهي مخالفة للشريعة الإسلامية تماماً ولا مجال لمناقشة حكم الشرط الجزائي في ضوئها وسيأتي في الفصل الثالث من هذا الباب عند الحديث عن طبيعة الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي مزيد بيان.

الفصل الثاني

الشروط المقترنة بالعقد والأصل فيها

المبحث الأول: معنى الشروط المقترنة[1] بالعقد والفرق بينها وبين الشروط التعليقية[2]

لأهمية الشروط المقترنة بالعقد لبحث حكم الشرط الجزائي ــ حيث إن الشرط الجزائي أحد الشروط المقترنة بالعقد كما سبق ــ رأيت إفراد فصل لهذه الشروط وبيان آراء العلماء فيها.

المطلب الأول: معنى الشروط المقترنة بالعقد:

الشرط المقترن بالعقد هو ما يعبر عنه بالشرط المقيِّد، أو التقييدي[3] ، أو الشرط في العقد[4].

---

[1] القرْن: الجمع بين أمرين يقال: قرن بين الحج والعمرة قِراناً جمع بينهما في الإحرام واقترن الشيء بغيره: اتصل به، وصاحبه، وتقارن الشيئان أي تلازما، وقرينك صاحبك. انظر لسان العرب لابن منظور ٣٣٦/١٣ ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٧٦/٥، ومختار الصحاح للرازي ص٢٤٧ والمصباح المنير للفيومي ص١٩١.

[2] سبق الحديث عن أقسام الشرط الجعلي وهما التقييدي المقترن بالعقد والتعليقي انظر ص٥٦-٥٧-٥٨ .

[3] سبق الحديث عنه انظر ص٥٨ .

[4] انظر الروض المربع للبهوتي وحاشيته لابن قاسم ٣٩٢/٤ والشروط في العقد هي: التي من وضع المخلوق وهي ما تسمى بالشروط الجعلية، أو الوضعية. وشروط العقد هي: التي من وضع الشارع وتسمى الشروط الشرعية. والشروط الجعلية تكون صحيحة إذا لم تخالف حكم الشارع، فصحتها تعود =

وقد عرفه العلماء بتعريفات كثيرة في القديم والحديث فمن تعريفات المتقدمين ما يلي:

١- فقد عرفه بعض الحنفية بأنه: (التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد)[١].

ويؤخذ على هذا التعريف الإجمال المؤدي إلى خفاء المعنى المراد، وعدم شموله لكل أفراد المعرف إذ قد يكون المشروط موجوداً حال العقد، كاشتراط صفة معينة في المعقود عليه، أو يكون من مقتضيات العقد كاشتراط الحلول والتقابض[٢].

٢- وعرفه بعض الحنابلة بأنه: (إلزام أحد المتبايعين العاقد الآخر بسبب العقد شيئاً له فيه منفعة) وفسروا المنفعة بالغرض الصحيح[٣].

وهو غير جامع إذ خرج عنه ما إذا كانت المنفعة لغير العاقدين، أو إذا لم يكن فيه منفعة[٤] وكذلك أنه قصره على البيع دون غيره.

ومن تعريفات المتأخرين ما يلي:

١- عرفه مصطفى الزرقا بأنه: (التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه)[٥].

= إلى إذن الشارع وليس إلى مجرد وضع المخلوق وقد عدلت إلى التسمية بالشروط المقترنة بدلاً من الشروط في العقد، لأن التعبير بالأول أدق في بيان معناها، لأنها أمر زائد لا أصلي وحتى الشرط المؤكد للالتزام الأصلي هو أمر زائد.

(1) غمز عيون البصائر للحموي ٤١/٤ وحاشية ابن عابدين ٢٢٢/٤.

(2) انظر التعليق وأثره في الأحكام الشرعية لمنى الراجح ٧٧/١ والشروط الجعلية في عقد البيع للحكمي ص٢٤.

(3) كشاف القناع للبهوتي ١٨٨/٣-١٨٩ والروض المربع للبهوتي وحاشيته لابن قاسم ٣٩٢/٤ وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٧/٢ والمبدع لابن مفلح ٥١/٤.

(4) انظر الشروط الجعلية في عقد البيع للحكمي ص٢٤.

(5) المدخل الفقهي العام للزرقا ٥٧٥/١.

ويؤخذ عليه: أنه لم يشمل الشرط الذي يقتضيه العقد وهو الذي يؤكد الالتـزام الأصلي، كما لو اشترى ثوباً على أن يلبسه، أو شرط في الرهن أن يباع فـي الدين وكذلك لم يشر إلى الشرط العرفي.

٢- وعرفه زكي الدين شعبان بأنه: (التزام المتصرف في تصرفه بـأمر مـن الأمور زائداً على أصل التصرف سواء أكان هذا الالتزام الزائد من مقتـضى التصرف أم لا، وسواء كان فيه منفعة للملتزم، أم لغيره أولا. ثبت ذلك باللفظ، أم لا)[١].

وقد أحسن صاحب التعريف في إشارته إلى الشرط الموافق لمقتـضى العقـد والذي لم تشر له التعريفات السابقة وإلى الشرط العرفي[٢] بقوله: (باللفظ أم لا) وهو ما يعبر عنه بالقاعدة الفقهية: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)[٣].

ولعل طول التعريف، وعمومه يعود إلى أن المراد منه البيان لا الحد.

---

(1) نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص٢٩، وانظر الفقه المقارن للدريني ص٥٩٣ وأصول الفقه للزحيلي ١٠١/١ ، ونظرية الشرط في الفقه الإسلامي للشاذلي ص٥١ ، وأصول الفقه لأبي زهرة ص٦٢.

(2) الشرط العرفي هو: ما يتقيد به التصرف ويثبت فيه بناء على ما تعارفه الناس وجروا عليه في تصرفاتهم وإن لم يذكر تصريحاً وذلك كوجوب نقد البلد عند الإطلاق، والسلامة من العيوب حتى يسوغ له الرد بوجود العيب تنزيلاً لاشتراط سلامة المبيع عرفاً منزلة اشتراطها لفظاً. انظر إعلام الموقعين لابن القيم ٤٥٣/٢، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص٤٢ والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو ص٣٠٦ وجمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية للندوي ٢٦٧/١.

(3) انظر شرح الزيادات لقاضي خان تحقيق قاسم أشرف ص٦٠٠، ومجلة الأحكام العدلية المادة: (٤٣) وشرح خاتمة مجامع الحقائق للقرق أغاجي ص٥٤ وشرح المجلة للآتاسي ١٠٠/١ والأشباه والنظائر للحموي ص٨٤، والمعيار المعرب للونشريسي ٤٤٩/٦، وإعلام الموقعين لابن القيم ٤٥٣/٢ وحاشية الروض المربع لابن قاسم ٤٠٩/٤ وزاد المعاد لابن القيم ١٠٩/٥-١١٨ وكشاف القناع للبهوتي ٧٠/٣ ومجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ٢٨٧/٣٢ والأشباه والنظائر للسيوطي ص١٩٢.

المطلب الثاني: الفرق بين الشرط التقييدي المقترن بالعقد والشرط التعليقي.

بين الشرط التقييدي والشرط التعليقي أوجه فرق وأوجه شبه وأبدأ بأوجه الشبه ليتضح الفرق بعد ذلك. وأبرز أوجه الشبه هي:

١- أن الشروط التعليقية والمقترنة بالعقد تدخلان تحت مسمى الشرط.

٢- أنهما من وضع المكلف نفسه[١].

وأما أهم الفروق بينهما فما يلي:

١- أن التعليق بالشرط لابد فيه من أداة من أدوات الشرط كإن أو إحدى أخواتها، بخلاف التقييد بالشرط فيستخدم فيه (على أن) أو (بشرط إن)[٢].

٢- أن العقد المعلق على شرط لا ينعقد قبل وقوع الشرط المعلق عليه، أما العقد المقترن بشرط تقييدي فإنه يتم ويوجد وتترتب عليه أحكامه وآثاره منذ صدور صيغته[٣].

٣- أن التعليق لا عمل له في آثار العقد وأحكامه فعند تحقق الشرط الذي علق عليه العقد يصبح العقد كأن لم يكن به شرط وينتج جميع آثاره وأحكامه.

أما الشرط التقييدي المقترن بالعقد فإن عمله يكون في آثار العقد، وأحكامه ويكون عمل هذا الشرط، إما تقييد الأحكام والآثار بعد أن كان العاقد

---

(1) انظر التعليق وأثره في الأحكام الشرعية لمنى الراجح ٧٩/٢.

(2) انظر الكفاية على الهداية للخوارزمي الكرلاني مطبوع مع فتح القدير ٣٩٩/٧.

(3) انظر الكفاية على الهداية ٣٩٩/٧ وحاشية ابن عابدين ٢٢٢/٤، والمنثور في القواعد للزركشي ٣٧٠/١، ونظرية الشرط للشاذلي ص٥٦.

مطلق التصرف فيهما (كما لو شرط البائع على المشتري سكنى الدار المبيعة شهراً، أو ركوب الدابة إلى مكان معلوم) أو توكيد وتوثيق ما يقتضيه العقد من الوفاء بالمعقود عليه (كما لو شرط البائع بالثمن المؤجل رهناً، أو كفيلاً).

أو زيادة بعض الأمور التي لا يقتضيها العقد (مثل شراء الحطب بشرط تكسيره)[١].

---

[1] انظر نظرية الشرط للشاذلي ص٥٥-٥٦.

المبحث الثاني: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الحنفية

المطلب الأول: الشروط الصحيحة:

أجاز الحنفية أربعة أنواع من الشروط وأوجبوا الوفاء بها وهي على النحو التالي:

١- (الشرط الذي يقتضيه العقد) وهو الشرط الذي لا يثبت شيئاً زائداً عن آثار العقد الأصلية ففائدته تصريح بما يفيده العقد وزيادة تأكيد فيصدق عليه أنه شرط مجازاً لا حقيقة (كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يلبسه، أو دابة بشرط أن يركبها)[١].

٢- (الشرط الذي يلائم العقد) وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولكنه يؤكد موجبه ويقرره، (كاشتراط البائع على المشتري أن يعطيه بالثمن رهناً معلوماً أو كفيلاً معيناً وقبل الكفيل. فالرهن والكفيل لم يجبا بنفس العقد، ولكن فيهما توثيق لما وجب بالعقد وهو الثمن فكانا ملائمين وجازا)[٢].

---

[1] انظر بدائع الصنائع للكاساني ١٧١/٥ ، والمبسوط للسرخسي ١٤/١٣ وفتح القدير للكمال بن الهمام ٤٤٢/٦ وتحفة الفقهاء للسمرقندي ٦١/٢ وحاشية ابن عابدين ١٧٨/٤ وتبيين الحقائق للزيلعي ٥٧/٤ ونظرية الشرط للشاذلي ص١٧٣ ، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد لزكي الدين شعبان ١٠٣.

[2] انظر بدائع الصنائع للكاساني ١٧١/٥-١٧٢ وتحفة الفقهاء للسمرقندي ٦٢/٢ والمبسوط للسرخسي ١٨/١٣ وفتح القدير شرح الهداية لابن الهمام ٤٤٣/٦ ونظرية الشرط للشاذلي ص١٧٩-١٨٠ ونظرية الشروط المقترنة لشعبان ص١٠٤.

٣- (الشرط الذي ورد الشرع بجوازه) وهو الشرط الذي ثبت بالــشرع، وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه كشرط الأجل في الثمن[١] لقوله تعــالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ ﴾[٢].

٤- (الشرط الذي جرى به العرف):

وهو كل شرط تعامل به الناس واعتادوه، وفيه منفعة لأحد المتعاقــدين، وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا ورد به نص فهو شرط صحيح يلــزم الوفاء به ومثاله: كأن يشتري نعلاً على أن يحذوه[٣] البائع، أو ثوباً به خــرق على أن يجعل عليه الرقعة، وكشراء الجلد على أن يجعله حذاء[٤].

ودليل جواز هذا النوع من الشروط الاستحسان[٥] بــالعرف إذ الثابــت بالعرف ثابت بدليل شرعي وإلا فالقياس عدم جوازه، لأنه شــرط لا يقتــضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، وكل شرط يكون كذلك يفسد العقد عندهم.

---

(1) انظر فتح القدير شرح الهداية لابن الهمام ٤٤٣/٦ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ٥٧/٤ وبدائع الصنائع للكاساني ١٧٤/٥ والاختيار للموصلي ١٢/٢ وتحفة الفقهاء للسمرقندي ٦١/٢ والبحر الرائق لابن نجيم ٩٢/٦ والشروط المقترنة بالعقد للثميري ص٢٣.

(2) سورة البقرة الآية: (٢٨٢).

(3) قال ابن الهمام: (المراد اشترى أديماً على أن يجعله البائع نعلاً له فأطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله، ويمكن أن يراد حقيقته أي نعل رجل واحدة على أن يحذوها أي: أن يجعل معها مثالاً آخر ليتم نعلاً للرجلين ومنه حذوت النعل بالنعل أي قدرته بمثال قطعته) فتح القدير ٤٥١/٦ .

(4) انظر الهداية للميرغناني ومعه البناية للعيني ٢٤٠/٤ وفتح القدير لابن الهمام ٤٤٢/٦ والعناية على الهداية للبابرتي مطبوع مع فتح القدير ٤٤٢/٦ ، واللباب للميداني ٢٨/٢ والمبسوط للسرخسي ١٤/١٣ وتبيين الحقائق للزيلعي ٥٧/٤ وبدائع الصنائع للكاساني ١٧٢/٥-١٧٣.

(5) الاستحسان هو: (العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه هو أقوى) انظر المغني في أصول الفقه للخبازي ص٣٠٧ ، وأصول الفقه للخضري بك ص٣٣٣-٣٣٤ والمدخل إلى السياسة الشرعية لعطوة ص١٧٩-١٨٠.

ووجه الاستحسان: أن ترك ما تعارف الناس عليه واعتادوه يؤدي إلـى مشقة عظيمة من أجل ذلك ترك القياس من أجل العـرف وهـو مـا يعـرف بالاستحسان. وبهذا العرف خص الحنفية الحديث المعتمد عندهم وهو: (نهـى النبي ﷺ عن بيع وشرط)[١] حيث جعلوا معنى الشرط في الحديث المؤدي إلى النزاع والخصومة، والشرط المتعارف عليه لا يؤدي إلى ذلك فكان صـحيحاً، فخصوا الحديث بما يؤدي إلى النزاع والخصومة[٢].

قال ابن عابدين: (لأن الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عـن المقصود به، وهو قطع المنازعة، والعرف ينفي النزاع، فكان موافقـاً لمعنـى الحديث ولم يبق من الموانع إلا القياس، والعرف قاض عليه)[٣].

---

(1) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط ٣٣٥/٤ وابن حزم في المحلى ٣٢٤/٧ والعيني في البناية ٢٣٨/٧، والخطابي في معالم السنن مطبوع مع مختصر سنن أبي داود ١٥٤/٥-١٥٠ وأخرجه الطبراني في الكبير من طريق آخر ١٦٢/١٧ بلفظ (عن شرط وبيع).
قال عنه ابن أبي الفوارس: غريب. انظر تلخيص الحبير لابن حجر ١٤/٣ ونيل الأوطار للشوكاني ٢١٣/٥ ، واستغربه النووي في المجموع ٤٥٣/٩، ونقل استغراب النووي ابن حجر في التلخيص ١٤/٣ والشوكاني في نيل الأوطار ٢١٣/٥. قال الزيلعي: (رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث ـــ في باب الأحاديث المتعارضة) ثم قال: (حدثنا أبو بكر بن إسحق حدثنا عبد الله بن أيوب بن زاذان الضرير حدثنا محمد بن سليمان الذهلي به، ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في (أحكامه) وسكت عنه. قال ابن القطان: وعلته ضعف أبي حنيفة في الحديث) نصب الراية ١٨/٤. وقال ابن حجر: في إسناده مقال وهو قابل للتأويل فتح الباري ٦٥٧/٥، وقال عنه شيخ الإسلام: (هذا حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين، وإنما يروى في حكاية منقطعة) مجموع الفتاوى ٦٣/١٨، وقال عنه أيضاً في موضع آخر: (وقد ذكره جماعة من المصنفين في الفقه، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء وذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه) مجموع الفتاوى ١٣٢/٢٩.

(2) انظر الهداية للميرغناني مع البناية للعيني ٢٤٠/٧، والعناية للبابرتي ٤٤٢/٦، والمبسوط للسرخسي ١٤/١٣ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ٥٧/٤ ، وبدائع الصنائع للكاساني ١٧٢/٥-١٧٣ .

(3) حاشية ابن عابدين ١٢٣/٤ ورسائل ابن عابدين ١١٩/٢.

المطلب الثاني: الشروط الفاسدة، وآثارها:

تنقسم الشروط الفاسدة عند الحنفية إلى قسمين:

القسم الأول: الشروط الفاسدة التي يترتب عليها فساد عقود المعاوضات المالية[١] وهي ما يلي:

١ - (الشرط المؤدي للغرر والمنازعة):

وذلك بان يكون المشروط مثلاً في المبيع وقت العقد شيئاً لا يمكن الوقوف على وجوده وعدمه في الحال ومثاله: من اشترى سمسماً، أو زيتوناً على أن فيها من الزيت كذا، أو بقرة على أنها تحلب كذا[٢].

والدليل على فساد هذا النوع من الشروط وإفساده للعقد ما يلي:

أ- لأنه يؤدي إلى الجهالة والغرر وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر[٣].

---

(1) أما العقود التي ليس الغرض منها المعاوضة المالية، كالنكاح، والهبة والوديعة وغيرها فإن الشرط يفسد، ويصح العقد. انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣١٨ والهداية للميرغناني مع فتح القدير لابن الهمام ٤٥٧/٦ ، والعناية للبابرتي ٤٥٧/٦ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ١٣١/٤ ، ونظرية الشرط للشاذلي ص١٨٨ ، ونظرية الشروط المقترنة لشعبان ص١١١ ، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص٢٧٧.

(2) انظر بدائع الصنائع للكاساني ١٦٨/٥ والعناية للبابرتي ٤٤٣/٦ والهداية للميرغناني مع فتح القدير ٤٤٢/٦ ، والمبسوط للسرخسي ٢٠/١٣ ، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص١١١ ، ونظرية الشرط للشاذلي ص١٨٨-١٨٩.

(3) أخرجه مسلم في كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر. صحيح مسلم بشرح النووي ١٥٧/١٠ ، وأبوداود في كتاب البيوع باب في بيع الغرر سنن أبي داود ٦٧٢/٣، والترمذي في أبواب البيوع باب ما جاء في كراهية بيع الغرر جامع الترمذي بتحفة الأحوذي ٣٥٥/٤ ، والنسائي في كتاب البيوع باب بيع الحصاة سنن النسائي ٢٦٢/٧، وابن ماجه في كتاب التجارات باب النهي عن بيع الحصاة وبيع الغرر سنن ابن ماجة ٧٣٩/٢، والدارمي في كتاب البيوع باب في بيع الحصاة سنن الدارمي ٣٣٠/٢ والدار قطني في كتاب البيوع سنن الدار قطني ١٦/٣ والبيهقي في كتاب البيوع باب =

ب- ولأن الجهالة والغرر يؤديان إلى المنازعة والاختلاف وكل شرط أدى إلى ذلك فهو فاسد مفسد للعقد[١].

٢- (الشرط المحظور):

كما لو اشترى جارية على أنها مغنية، أو اشترى كبشاً على أنه نطاح، أو كان شرط ربا.

فهذا النوع من الشروط فاسد، ومفسد للعقد، لأن الصفات المشروطة منهي عنها[٢].

٣- الشرط الذي لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولا جرى به عرف، ولم يرد الشرع بجوازه، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه إن كان من أهل الاستحقاق ــ أي آدمي.

وأمثلته ما يلي:

أ- شرط يعود نفعه على البائع مثل ما لو باع داراً واشترط على المشتري أن يسكنها شهراً، أو باع شيئاً بشرط أن يقرضه المشتري.

ب- ومثال ما يعود نفعه على المشتري: لو اشترى ثوباً على أن يخيطه البائع قميصاً، أو حنطة على أن يطحنها ــ إن لم يجربه عرف ــ أو اشترى منه سلعة على أن يقرضه البائع، أو يتصدق عليه.

= النهي عن بيع الحصاة السنن الكبرى ٣٤٢/٥، وابن الجارود في باب المبايعات المنهي عنها من الغرر وغيره المنتقى ص٢٠٣، والبغوي في باب النهي عن الملامسة والمنابذة شرح السنة ١٣١/٨.

(1) انظر بدائع الصنائع للكاساني ١٦٨/٥-١٧٥ والمبسوط ١٩/١٣-٢٠ والهداية للميرغناني مع البناية للعيني ٢٤١/٧ ونظرية الشرط للشاذلي ص١٨٩.

(2) انظر بدائع الصنائع للكاساني ١٦٩/٥.

ج- ومثال ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق: كما لو باع جارية بشرط أن لا يبيعها، أو يهبها.[1] والأدلة على فساد هذا النوع من الشروط وإفساده للعقد ما يلي:

١- أن النبي ﷺ: (نهى عن بيع وشرط)[2] وهذا عام في كل شرط عدا ما استثني وهو الشرط الملائم، والمتعارف عليه، وما ورد به النص، وما يقتضيه العقد[3].

٢- وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: (لا يحل سلف وبيع)[4] سلف أي: قرض[5].

---

(1) انظر بدائع الصنائع للكاساني ١٦٥/٥ ، وتحفة الفقهاء للسمرقندي ٦٥/٢ ، وحاشية ابن عابدين ١٢١/٤ ، والمبسوط للسرخسي ١٥/١٣ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ٥٨/٤ والهداية للميرغناني ومعه البناية للعيني ٢٣٩/٧ ، وفتح القدير لابن الهمام ٤٤٢/٦ والعناية للبابرتي ٤٤٢/٦.

(2) سبق تخريجه ص٧٥ .

(3) انظر العناية للبابرتي ٤٤١/٦-٤٤٢.

(4) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع والإجارات باب في الرجل يبيع ما ليس عنده سنن أبي داود ٧٦٩/٣ وسكت عنه، والترمذي في أبواب البيع باب ما جاء في كراهية بيع ماليس عنده جامع الترمذي بتحفة الأحوذي ٣٦١/٤ وقال: حسن صحيح. والنسائي في كتاب البيوع باب سلف وبيع، وباب شرطان في بيع بلفظ: (نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع) سنن النسائي ٢٩٥/٧ ، وابن ماجة في كتاب التجارات باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح مالم يضمن دون لفظ: (لا يحل سلف وبيع) سنن ابن ماجة ٧٣٧/٢-٧٣٨ ، والدارمي في كتاب البيوع باب في النهي عن شرطين في بيع سنن الدارمي ٣٢٩/٢ ، والدار قطني في كتاب البيوع سنن الدار قطني ٧٥/٣ ، والبيهقي في كتاب البيوع باب من قال: لا يجوز بيع العين الغائبة السنن الكبرى ٢٦٧/٥ ، وباب النهي عن بيع ما ليس عندك، وبيع ما لا يملك السنن الكبرى ٣٣٩/٥-٣٤٠ ، والحاكم في كتاب البيوع ٢١/٢ وصححه وقال: (هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين) ووافقه الذهبي في التلخيص بذيل المستدرك، وأخرجه أحمد في المسند ١٧٤/٢-١٧٥ ، ومالك في كتاب البيوع باب السلف وبيع العروض بعضها ببعض الموطأ بشرح الزرقاني ٣٨٩/٣ ، وصححه شيخ الإسلام في الفتاوى الكبرى ١٧٧/٦، وحسنه الألباني في إرواء الغليل ١٤٨/٥،

(5) انظر فتح القدير لابن الهمام ٤٤٢/٦، والمبسوط للسرخسي ١٦/١٣.

٣- وحديث ابن مسعود ــ ﷺ ــ أن النبي ﷺ : (نهى عن صفقتين في صفقة واحدة) [1].

٤- وحديث أبي هريرة ــ ﷺ ــ قال: (نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة)[2].

---

(1) أخرجه أحمد في المسند ٣٩٨/١ ، بهذا اللفظ مرفوعاً، وأخرجه موقوفاً على ابن مسعود ﷺ بلفظ (لا تصلح سفقتان في سفقة) بإبدال الصاد سيناً المسند ٣٩٣/١ ، وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفاً على ابن مسعود في كتاب البيوع والأقضية باب الرجل يشتري من الرجل المبيع فيقول: إن كان بنسيئه فبكذا، وإن كان نقداً فبكذا ولفظه: (صفقتان في صفقة ربا أن يقول الرجل: إن كان بنقد فبكذا، وإن كان بنسيئة فبكذا) المصنف ٥٤/٥ ، وعبد الرزاق في كتاب البيوع باب البيع بالثمن إلى أجلين، وباب بيعتان في بيعة موقوفاً على ابن مسعود بألفاظ متقاربة منها: (لا تصلح الصفقتان في الصفقة أن يقول: هو بالنسيئة بكذا وكذا وبالنقد بكذا وكذا) المصنف ١٣٨/٨-١٣٩ ، والبزار مرفوعاً وموقوفاً على ابن مسعود مسند البزار ٣٨٤/٥ ، وابن خزيمة في أبواب الوضوء وسننه باب الأمر بإسباغ الوضوء موقوفاً على ابن مسعود بلفظ: (الصفقة بالصفقتين ربا ، وأمر رسول الله بإسباغ الوضوء) صحيح ابن خزيمة ٩٠/١ ، وأخرجه ابن حبان موقوفاً على ابن مسعود بلفظ ابن خزيمة وبلفظ: (لا يحل صفقتان في صفقة) انظر موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان للهيثمي ص٢٧٢ والطبراني في الكبير برقم: (٩٦٠٩) موقوفاً على ابن مسعود. والموقوف على ابن مسعود صحيح، أما المرفوع فضعيف انظر إرواء الغليل للألباني ١٤٨/٥-١٤٩ ، والجامع لأحاديث البيوع لسامي الخليل ص٢٦ ، والموسوعة الحديثية مسند الإمام أحمد تحقيق جمع من الباحثين ٢٧٠/٦-٣٢٤.

(2) أخرجه الترمذي في أبواب البيوع باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة جامع الترمذي بتحفة الأحوذي ٣٥٧/٤ ، وقال الترمذي عنه: (حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم).
والنسائي في كتاب البيوع باب بيعتين في بيعة ــ وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بمائة درهم نقداً وبمائتي درهم نسيئة سنن النسائي ٢٩٥/٧-٢٩٦، والبيهقي في كتاب البيوع باب النهي عن بيعتين في بيعة السنن الكبرى ٣٤٣/٥ ، والبغوي في باب النهي عن بيعتين في بيعة ، وعن بيع وسلف شرح السنة ١٤٢/٨ وقال: هذا حديث حسن صحيح، وأحمد في المسند ٤٣٢/٢ ، وابن الجارود في باب المبايعات المنهي عنها من الغرر وغيره المنتقى ص٢٠٥، وابن حبان في صحيحه انظر الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان لابن بلبان ٣٤٧/١١ وموارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان للهيثمي ص٢٧٢ ورواية ابن حبان له تعتبر تصحيحاً منه للحديث، وقد حسنه محقق الإحسان شعيب الأرناؤوط، وكذا حسنه الألباني في الإرواء ١٤٩/٥ ، وأخرجه أبو داود في كتاب البيوع باب فيمن باع بيعتين في بيعة =

وجه الاستدلال من الحديثين الأخيرين:

أن هذا الشرط إن كان يقابله جزء من الثمن يكون إجارة في بيع، وإن لم يقابله جزء من الثمن يكون إعارة في بيع، وعلى كلا التقديرين يؤدي الشرط إلى اجتماع صفقتين في صفقة وبيعتين في بيعة وهو منهي عنه بنص الحديثين[١].

٥- ولأنه ــ أي هذا الشرط ــ يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده من قطع النزاع[٢].

٦- ولأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا[٣] لأن المتعاقدين لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو الربا[٤].

آثار هذه الشروط:

هذه الأنواع من الشروط لا يقتصر فسادها عند الحنفية عليها بل يمتد أثرها إلى العقد فتفسده كما ظهر من العرض السابق.

القسم الثاني: الشروط الباطلة[٥] التي تسقط ويصح العقد وهي الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا تلائمه، ولم يرد بها نص، ولم يجر بها عرف وليس فيها منفعة لأحد المتعاقدين، ولا للمعقود عليه الآدمي[١] ولها ثلاثة أنواع:

= وسكت عنه بلفظ (من باع بيعتين في بيعة فله أو كسهما أو الربا) سنن أبي داود ٧٣٨/٣-٧٣٩ وعلق عليه المنذري بقوله: (والمشهور أنه ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة) وبمثله قال الخطابي انظر مختصر سنن أبي داود للمنذري ٩٨/٥ ومعالم السنن للخطابي مطبوع مع مختصر السنن ٩٧/٥.

(1) انظر الهداية للميرغناني مع فتح القدير لابن الهمام ٤٤٦/٦.

(2) انظر الهداية للميرغناني مع البناية للعيني ٢٤٠/٧ والمبسوط للسرخسي ١٥/١٣ والعناية للبابرتي ٤٤٢/٦.

(3) انظر الهداية للميرغناني مع فتح القدير لابن الهمام ٤٤٢/٦ والبناية في شرح الهداية للعيني ٢٤٠/٧.

(4) انظر العناية للبابرتي ٤٤٣/٦ .

(5) تميز المذهب الحنفي بتقسيم الشروط إلى صحيحة وفاسدة وباطلة وأما غيره من المذاهب فقسمها إلى صحيحة وباطلة وثمرة تفريق الحنفية بين الفساد والبطلان تظهر في تقسيمهم للعقود كما سيأتي بيانه عند الحديث عن العقود في الباب الثالث الفصل الأول.

الأول: شرط قد يترتب عليه منفعة للمعقود عليه غير الآدمي، أو يترتب عليه مضرة.

أ- مثال ما يترتب عليه منفعة: من باع دابة بشرط أن لا يبيعها المشتري ولا يهبها.

ب- ومثال ما فيه مضرة: لو باعه ثوباً بشرط أن يحرقه، فهذه شروط باطلة، لأنها لا يقتضيها العقد ولا تلائمه ولم يرد بها نص، ولم يجر التعامل بها، وتتنافى مع ما يوجبه العقد من أحكام، وآثار، وأما سقوطها وصحة العقد معها فلأمرين:

١- لأنه ليس فيها منفعة مالية لأحد بل فيها مضرة فالمطالبة بها معدومة، فلا تؤدي إلى المنازعة وما لا يؤدي إلى المنازعة لا يمتد أثره بالإفساد إلى العقد.

٢- ولأن الشرط لما خلا من الفائدة التي تعود على المشروط له لم يعد فيها أي شبهة ربا، ومادامت خلت من الربا فلا تفسد العقد[٢].

الثاني: شرط فيه منفعة لأجنبي عن العقد، كما لو باع داراً بشرط أن يسكنها فلان الأجنبي، أو باع داراً على أن يقرض المشتري فلاناً الأجنبي كذا من الدراهم[٣].

---

(1) انظر الهداية مع فتح القدير ٤٤٢/٦ ونظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص١١٦.

(2) انظر الهداية مع فتح القدير لابن الهمام ٤٤٢/٦-٤٤٣-٤٤٤، والعناية للبابرتي ٤٤٣/٦-٤٤٤، والمبسوط ١٥/١٣، والبناية للعيني ٢٤١/٧، وبدائع الصنائع للكاساني ١٧٠/٥ ونظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص١١٦ ، ونظرية الشرط للشاذلي ص٢٠٤-٢٠٥.

(3) انظر فتح القدير لابن الهمام ٤٤٢/٦-٤٤٣، ونظرية الشرط للشاذلي ص٢٠٧-٢٠٨.

ووجه بطلان هذه الشروط وعدم تأثيرها في العقد بالإفساد ما سبق ذكره في النوع الأول بالإضافة إلى أن العقد يوجب حقاً للمتعاقدين، أما الأجنبي فلا يوجب العقد له حقاً فيصبح الشرط لاغياً، ويصح العقد[١].

الثالث: شرط ليس فيه منفعة ولا مضرة كمن باع طعاماً وشرط على المشتري أن يأكله، فهذا الشرط وأمثاله يبطل ويصح العقد، لأن هذا الشرط يوجب على أحد العاقدين ما ليس بواجب فيلغو ويصح العقد[٢].

آثار هذه الشروط:

هذه الشروط أثرها مقتصر عليها بإبطالها ولا يمتد إلى العقد فهي تلغو ويصح العقد.

---

[1] انظر فتح القدير لابن الهمام ٤٤٣/٦-٤٤٤، ونظرية الشرط للشاذلي ص٢٠٧-٢٠٨.

[2] انظر بدائع الصنائع للكاساني ١٧٠/٥.

المبحث الثالث: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند المالكية

المطلب الأول: الشروط الصحيحة وهي ستة أقسام:

الأول: (الشرط الذي يقتضيه العقد):

ومثاله: أن يشترط المشتري على البائع أن يسلمه المبيع، وصحة هذا الشرط أمر بدهي، لأنه يجب بالعقد نفسه فاشتراطه وعدم اشتراطه سواء[١].

الثاني: (الشرط الذي يحقق مصلحة العقد):

وهو شرط لا يقتضيه العقد، ولا ينافيه ولكنه ملائم للعقد، ويوثق موجبه في بعض صوره ففيه مصلحة للعقد ولا يوجد له معارض من الشرع فكان صحيحاً لازم الوفاء كشرط تأجيل الثمن، واشتراط الرهن والكفيل. واشتراط أن لا يتصرف في المبيع ببيع أو هبة أو عتق حتى يعطي الثمن[٢].

ومن الأدلة التي جاءت بصحة هذا النوع من الشروط ما يلي:

١-في شرط الأجل قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ ﴾[٣].

٢-وفي الرهن قوله تعالى: ﴿ فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ ﴾[٤].

٣-وفي الكفالة قوله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾[٥].

---

[1] انظر حاشية الدسوقي ٦٥/٣ وفتح العلي المالك لعليش ٣٣٨/١.

[2] انظر مختصر خليل مع جواهر الإكليل للأزهري ٢٥/٢-٢٦ ، وحاشية الدسوقي ٦٧/٣ ، وفتح العلي المالك لعليش ٣٣٨/١ ، ومواهب الجليل للحطاب ٣٧٥/٤ والمدونة الكبرى ٢٢٠/٣-٢٢١-٢٢٣ والخرشي على مختصر خليل ٨٠/٥ ، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص٣٣٩ ، والشروط الجعلية في عقد البيع للحكمي ص٣٣.

[3] سورة البقرة الآية: (٢٨٢).

[4] سورة البقرة الآية: (٢٨٣).

[5] سورة يوسف الآية: (٧٢).

الثالث: (اشتراط منفعة معلومة يسيرة في المعقود عليه):

كما لو باع شخص داره لآخر، واشترط سكناها مدة معلومة يسيرة كشهر مثلاً، أو باع دابته واشترط ركوبها ثلاثة أيام ونحوه إلى مكان قريب فهذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد منافاة تامة، لأنه لا يمنع المشتري من التصرف في ملكه مطلقاً[١].

واستدلوا على صحة هذا النوع من الشروط بما يلي:

١- بحديث جابر ﷺ أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فمر النبي ﷺ فضربه، فسار سيراً ليس يسير مثله. ثم قال: (بعنيه بأوقية) فبعته فاستثنيت حملانه إلى أهلي فلما قدمنا أتيته بالجمل ونقدني ثمنه ثم انصرفت، فأرسل على أثري قال: ما كنت لآخذ جملك فخذ جملك ذلك فهو مالك)[٢] وفي رواية (شرط ظهره إلى المدينة)[٣].

وجه الاستدلال:

أن جابراً باع الجمل واشترط نفعاً معلوماً وهو ركوبه إلى أهله وقد أقره النبي ﷺ فدل على جوازه[٤].

---

[1] انظر بداية المجتهد لابن رشد ١٦١/٢، والقوانين الفقهية لابن جزي ص٢٥٨، حاشية الدسوقي ٩٥/٣، وفتح العلي المالك لعليش ٣٣٨/١، ومقدمات ابن رشد ٣٧٦/١ ، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص٣٣٩.

[2] أخرجه البخاري في كتاب الشروط باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز صحيح البخاري ومعه فتح الباري ٦٥٦/٥، ومسلم في كتاب المساقاة باب بيع البعير واستثناء ركوبه صحيح مسلم بشرح النووي ٣٠/١١-٣١.

[3] أخرجها البخاري في كتاب الشروط باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز صحيح البخاري بفتح الباري ٦٥٦/٥.

[4] انظر نيل الأوطار للشوكاني ٢١٢/٥، وفتح الباري لابن حجر ٦٥٧/٥ وحاشية السندي على النسائي ٢٩٦/٧ وتحفة الأحوذي للمباركفوري ٤٢٦/٤.

٢- وبحديث جابر ﷺ أن النبي ﷺ: (نهى عن الثنيا[1] إلا أن تعلم)[2].

وجه الاستدلال:

أن المنفعة المستثناه بالشرط معلومة فدل الحديث على جوازها[3].

٣- أن اجتماع عقد الإجارة مع عقد البيع صحيح، لأنهما من باب واحد، واشتراط منفعة معلومة في المعقود عليه أقصى ما فيه أن يكون من باب الإجارة فيكون صحيحاً[4].

الرابع: (اشتراط عمل في المعقود عليه، أو في غيره):

ومثال الذي في المعقود عليه: كمن اشترى ثوباً بدراهم معلومة على أن يخيطه البائع، أو زيتوناً على أن يعصره.

ومثال الذي في غير المعقود عليه: كمن اشترى ثوباً على أن ينسج له ثوباً آخر[5].

ووجه صحة هذا الشرط:

---

[1] الثنيا: هي أن يستثنى في عقد البيع شيء مجهول فيفسده كقوله: بعتك هذه الاغنام إلا بعضها دون أن يحدد، أما إن عُلم المستثنى جاز البيع بنص الحديث. انظر شرح النووي على مسلم ١٩٥/١٠، والنهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٢٢٤/١.

[2] أخرجه مسلم في كتاب البيوع باب النهي عن المحاقلة دون لفظ (إلا أن تعلم) صحيح مسلم بشرح النووي ١٩٥/١٠ ، وأبو داود في كتاب البيوع باب المخابرة سنن أبي داود ٦٩٥/٣ ، والترمذي في أبواب البيوع باب ما جاء في النهي عن الثنيا جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي ٤٢٦/٤ ، وقال: (حديث حسن صحيح) والنسائي في كتاب البيوع باب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم سنن النسائي ٢٩٦/٧.

[3] انظر بداية المجتهد لابن رشد ١٦٤/٢ ، وحاشية الدسوقي ٩٥/٣ ، والشروط الجعلية للحكمي ص٥٣.

[4] انظر بداية المجتهد ١٦٤/٢ ، وحاشية الدسوقي ٥/٤، ومواهب الجليل للحطاب ٥٣٩/٤.

[5] انظر الشرح الكبير للدردير ١١٨/٣ ، والشرح الصغير للدردير ٤٧٤/٣-٤٧٥، وحاشية الدسوقي ٥/٤ ، ومواهب الجليل للحطاب ٥٣٩/٤ ، ونظرية الشرط للشاذلي ص٢٢٣.

أن فيه اجتماع عقد إجارة، وبيع وهو صحيح كما سبق بيانـــه[١] وذلـــك استناداً لحديث جابر ﷺ الذي باع بعيره على النبي ﷺ ، واشترط حملانه[٢].

الخامس: (الشرط الذي يؤدي إلى منع المشتري من تصرف يسير في المعقود عليه).

كما لو باع داراً وشرط على المشتري أن لا يبيعها من نفر قليل.

ووجه صحة هذا النوع:

أن هذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد منافاة تامة، لأنه لا يمنع المشتري من التصرف في ملكه منعاً تاماً، وإنما يمنعه منعاً جزئياً يسيراً، فـــلا يترتـــب عليه تحجير السلعة كما أنه لا يترتب عليه تأثير في الثمن ويحقق نفعاً للبـــائع، ويزيل عنه ضراً، فكان صحيحاً[٣].

السادس: (شرط إيقاع معنى من معاني البر في المبيع) مثل العتق، كأن يقـــول البائع: أبيعك هذا العبد على شرط أن تعتقه منجزاً[٤] ومثل تنجيز العتق، البيع بشرط وقف المبيع، أو هبته، أو التصدق به.

ووجه صحة هذا النوع من الشروط ــ رغم منافاته لمقتضى العقد ــ لما فـــي هذه التصرفات من معاني البر والخير التي يتشوف لها الشارع الحكيم[٥].

---

(1) انظر ص٨٥ .

(2) سبق تخريجه انظر ص٨٤ .

(3) انظر مواهب الجليل للحطاب ٣٧٣/٤ ، والإتقان والإحكام على تحفة الحكام لابن ميارة ٤٥٤/١، ونظرية الشرط للشاذلي ص٢٢٥.

(4) في حالة عدم تنجيز العتق لا يصح عندهم لما يترتب عليه من الغرر انظر المدونة ١٥٢/٩.

(5) انظر حاشية الدسوقي ٦٥/٣-٦٦ ، والشرح الكبير للدردير ٥٠/٣ ، والخرشي على مختصر خليل ٨١/٥، ، وبداية المجتهد لابن رشد ١٦١/٢، والشروط الجعلية للحكمي ص٣٣.

المطلب الثاني: الشروط الباطلة وآثارها

تنقسم الشروط الباطلة عند المالكية إلى قسمين:

القسم الأول: الشروط الباطلة المبطلة للعقد وهي أربعة أنواع:

الأول: (الشرط الذي يناقض مقصود العقد، وينافي مقتضاه منافاة تامة)[١] ويقصد به الشرط الذي يمنع المشروط عليه من الحصول على حق أثبته له العقد. ومثاله:

ما لو باع دابة بشرط أن لا يركبها المشتري، أو اشتراطه في عقد النكاح أن لا ينفق على زوجته فهذا الشرط باطل، ويبطل العقد إلا إذا أسقطه المشترط[٢].

والدليل على بطلان هذا النوع من الشروط وإبطاله للعقد ما يلي:

١- حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط)[٣] وحملوا الشرط هنا على الشرط المناقض لمقتضى العقد. والشرط الذي يورث جهالة، ويخل بالثمن وعفوا عن الأمر اليسير[٤].

---

[1] وهو بهذا يختلف عن الشروط التي صححها المالكية في المطلب الأول مثل: اشتراط منفعة يسيرة معلومة في المعقود عليه، أو الشرط الذي يؤدي إلى منع المشتري من تصرف يسير فهذه الشروط وأمثالها وإن كان فيها منافاة لمقتضى العقد إلا أنها ليست منافاة تامة بحيث تناقض مقصود العقد، أما الشرط الذي فيه إيقاع معنى من معاني البر فهو مستثنى من هذا النوع. انظر الخرشي ٨٠/٥ ، ومواهب الجليل للحطاب ٣٧٧/٤.

[2] انظر مختصر خليل مع جواهر الإكليل للأزهري ٢٥/٢ ، وحاشية الدسوقي ٦٥/٣ ، ومواهب الجليل للحطاب ٣٧٢/٤، وفتح العلي المالك لعليش ٣٤٤/١، ومقدمات ابن رشد ٣٧٤/١-٣٧٥، والتاج والإكليل للمواق مع مواهب الجليل ٣٧٢/٤، وبداية المجتهد ١٦١/٢، والخرشي ٨٠/٥ ، والقوانين الفقهية لابن جزي ص٢٥٨، ونظرية الشرط للشاذلي ص٢٣١، ونظرية الشروط المقترنة شعبان ص١٢٣.

[3] سبق تخريجه انظر ص٧٥ .

[4] انظر الخرشي ٨١/٥.

٢- أن العقد يقتضي إطلاق يد المشتري في التصرف وهذا الشرط يمنعه من التصرف، أو يلزمه بتصرف معين، ومثل هذا الشرط يناقض، وينافي المقصود من العقد منافاة كاملة فيبطل، ويبطل معه العقد إلا إذا أسقطه المشترط[١].

الثاني: (الشرط الذي يخل بالثمن):

وهو شرط القرض في البيع فهو شرط باطل مبطل للعقد، إلا إذا أسقطه المشترط[٢].

والأدلة على بطلان هذا الشرط وإبطاله للعقد ما يلي:

١- ما روى أن النبي ﷺ: (نهى عن بيع وشرط)[٣] وسبق بيان أن المالكية حملوه على ما يناقض مقصود العقد، وما يخل بالثمن كبيع وسلف[٤].

٢- حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك)[٥]. والشاهد منه: (لا يحل سلف وبيع) وهو نص في حرمة هذا الشرط[٦].

---

(1) انظر مواهب الجليل للحطاب ٣٧٣/٤، ومقدمات ابن رشد ٣٧٤/١، والخرشي ٨٠/٥، ونظرية الشرط للشاذلي ص٢٣٥.

(2) انظر القوانين الفقهية لابن جزي ص٢٥٨، وبداية المجتهد لابن رشد ١٦٢/٢ ومواهب الجليل للحطاب ٣٧٣/٤، والشرح الكبير للدردير ٦٦/٣، ونظرية الشرط للشاذلي ص٢٣٧.

(3) سبق تخريجه انظر ص٧٥ .

(4) انظر مواهب الجليل للحطاب ٣٧٣/٤.

(5) سبق تخريجه انظر ص٧٨ .

(6) انظر بداية المجتهد لابن رشد ١٦٠/٢.

٣- ولأنه يؤدي إلى الجهالة، والإخلال في الثمن إما بزيادة الثمن إن كان المقرض هو البائع، أو بنقصه إن كان المقرض هو المشتري[١].

٤- أنه يؤدي إلى الربا[٢].

الثالث: (الشرط المحظور):

وهو الشرط المفضي إلى محرم كمن باع داراً، واشترط على المشتري اتخاذها مجمعاً لأهل الفساد، فهذا شرط فاسد ويفسد معه العقد باتفاق الفقهاء[٣].

الرابع: (الشرط المؤدي للجهالة، والغرر):

كاشتراط تأجيل الثمن إلى أجل مجهول، أو كبيع بشرط أنه إذا باع المشتري السلعة فالبائع الأول أحق بها بالثمن الذي سيبيع به المشتري لجهالة الثمن فهذه الأنوع من الشروط باطلة مبطلة للعقد، لأنها تؤدي إلى الجهالة والغرر[٤]. (وقد نهى النبي ﷺ عن الغرر)[٥] والمعتبر الغرر الكثير المؤثر لا اليسير[٦].

والفرق بين النوعين الأولين حيث يصح العقد متى أسقط الشرط، وبين النوعين الأخيرين، أن نوع المشروط في الأولين في أصله مباح وأن الحرمة جاءت بسبب اقتران الشرط بالعقد خلافاً للأخيرين فإن المشروط في أصله محرم[٧].

---

(1) انظر الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكام لابن ميارة الفاسي ٤٥٢/١-٤٥٣، وبداية المجتهد لابن رشد ١٦٦/٢.

(2) انظر حاشية الدسوقي ٦٦/٣.

(3) انظر الشرح الكبير للدردير ٦٦/٣، ومواهب الجليل للحطاب ٣٧٣/٤.

(4) انظر فتح العلي المالك لعليش ٣٤١/١، والخرشي ٨٠/٥، ومقدمات ابن رشد ٣٧٤/١-٣٨٦، وما بعدها وبداية المجتهد لابن رشد ١٥٧/٢.

(5) سبق تخريجه انظر ص٧٦ .

(6) انظر المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٣٢/٢ ، وبداية المجتهد لابن رشد ١٥٥/٢ ، والقوانين الفقهية لابن جزي ص٢٥٥.

(7) انظر بداية المجتهد لابن رشد ١٦٢/٢.

آثار هذه الشروط: ظهر أن هذه الشروط لا يقتصر تأثيرها على فسادها، بـل يمتد إلى العقد فتفسده. مع التفريق بين النوعين الأولين حيث يصح متـى مـا أسقط الشرط والأخيرين فلا يؤثر إسقاطهما.

القسم الثاني: الشروط الباطلة التي تبطل، ويصح العقد. وهي ثلاثة أنواع:

الأول: شرط يؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد كما لو باع بستاناً وشرط أن لا جائحة عليه أو باع سيارة واشترط أن لا عهدة عليه في عيب، أو استحقاق.

ووجه فساد هذه الشروط وعدم تأثيرها في العقد.

أنها شروط منافية لمقتضى العقد، ومبطلة لحق من حقوقه ففسدت وأمـا عـدم تأثيرها في العقد، فلأن تأثيرها محدود أو معدوم فهي لم تؤد إلـى خلـل فـي الثمن، أو جهالة، وكذلك لم تمنع من التصرف في الملك[١].

الثاني: (شرط يخالف النص):

مثل: بيع جارية بشرط أن يكون الولاء للبائع دون المشتري عند عتقها[٢].

وذلك: لقول النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها في قصة بريرة ﷺ وقـد اشترط أهلها الولاء لهم: (خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتـق) ففعلت عائشة ــ رضي الله عنها ــ ثم قام النبي ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله مـا كان من شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل وإن كان مائة شرط، قـضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق)[٣].

---

(1) انظر الشرح الكبير للدردير ١٧٥/٣-١٧٦-١٧٧ ومواهب الجليل للحطاب ٤٩٩/٤ ونظرية الشرط للشاذلي ص٢٤١-٢٤٢.

(2) انظر بداية المجتهد ١٦١/٢.

(3) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل. صحيح البخاري ومعه فتح الباري ١١٦/٥-١١٧، ومسلم في كتاب العتق باب بيان أن الولاء لمن أعتق. صحيح مسلم بشرح النووي ١٣٩/١٠.

ووجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ أبطل الشرط وصحح العقد.

الثالث: شرط لا غرض فيه ولا مالية:

كما لو شرط في المعقود عليه صفة فظهر أن صفة المعقود عليه أفضل مما شرط، فهذا الشرط يلغو ويصح العقد. ومثلوا له: بما لو اشترط سمن غنم، فوجده سمن بقر أو اشترط كون العبد أمياً، فظهر كاتباً. لكنهم استثنوا ما إذا كان للمشترط في شرطه غرض صحيح لا يحققه الأفضل كما لو كان اشتراطه لسمن الغنم لأجل حالة صحية لا يناسبها سمن البقر. فإن الشرط هنا يكون صحيحاً، ويحق للمشتري رد المبيع لعدم تحقق الشرط.

ووجه فساد الشرط وصحة العقد هنا: لأن الشرط أصبح لاغياً لتحقق ما هو أفضل منه[١].

---

(1) انظر الشرح الكبير للدردير ١٧٦/٣، ومواهب الجليل للحطاب ٤٢٧/٤، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص٣٨١، ونظرية الشرط للشاذلي ص٢٤٣-٢٤٤.

المبحث الرابع: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الشافعية

المطلب الأول: الشروط الصحيحة:

تنقسم الشروط الصحيحة عند الشافعية إلى أربعة أقسام:

الأول: (الشرط الذي يقتضيه العقد) وهو ما يثبت حكماً من أحكام العقد، فهو لا يثبت شيئاً جديداً، وإنما هو يؤكد ما يجب بنفس العقد دون اشتراط وذلك كاشتراط المشتري ــ مثلاً ــ على البائع أن ينتفع بالعين المشتراه كيف شاء وما شابه ذلك[1].

الثاني: (اشتراط صفة منضبطة قائمة بمحل العقد وقت التعاقد).

كاشتراط أن تكون الدابة سريعة، أو البقرة حاملاً، أو لبوناً.

ووجه صحة هذا الشرط:

١- أنه شرط يتعلق بمصلحة العقد وهو العلم بصفات المبيع التي تختلف فيها الأغراض.

٢- أن هذا ليس شرطاً حقيقة فلا يدخل في حديث (النهي عن بيع وشرط)[2] وذلك أن الشرط لا يكون إلا أمراً مستقبلاً وهذه الصفة قائمة بالمعقود عليه وقت التعاقد.

---

[1] انظر نهاية المحتاج للرملي ٤٥٩/٣، والمهذب للشيرازي ومعه المجموع للنووي ٤٤٦/٩-٤٤٧، وحاشية البجيرمي على منهج الطلاب ٢١٤/٢، وحاشية الشربيني على الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ٤٢٧/٢، ونظرية الشرط للشاذلي ص١٧٣-١٧٤ والشروط المقترنة بالعقد للثميري ص٢٦ ونظرية الشروط لشعبان ص١١٧.

[2] سبق تخريجه انظر ص٧٥.

٣- أن هذا الشرط لا يؤدي إلى النزاع لأنه يمكن التحقق من وجود الصفة المشترطة لانضباطها، أما إذا كانت غير منضبطة، كما لو شــرط أن تحلب البقرة في كل يوم مقداراً معيناً من الحليب لم يصح[١].

الثالث: (شرط فيه مصلحة العقد):

ومثاله: اشتراط الرهن، والكفيل، والإشهاد، والكتابة فهذه الشروط وإن كانت لا يقتضيها العقد، لأنها لم تجب بنفس العقد لكنها شروط ملائمة للعقد، لأنها فـــي مصلحة العقد، توثقه، وتؤكده، وتقطع النزاع وليس فيهـــا معارضــــة للـــشرع والحاجة ماسة إلى جوازها ففيها تحقيق لمصالح الناس، ودفع للفساد عـــنهم[٢]. بل إن الكثير من هذه الشروط قد ورد النص بجوازها كالإشهاد مثلاً حيث جاء فيه قول الله تعالى: ﴿ وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾[٣].

وأما حديث (النهي عن شرط وبيع)[٤] فإنه لا يشمل هـــذا القـــسم مـــن الشروط، لأن الحديث خاص بالشروط التي تؤدي إلى المطالبة بها ومـــن ثـــم وقوع النزاع، وهذا النوع من الشروط لا يؤدي إلى وقوع النزاع[٥].

---

(1) انظر منهاج الطالبين للنووي مع شرحه مغني المحتاج للشربيني ٣٤/٢، ونهاية المحتاج للرملي ٤٦٠/٣، والمجموع للنووي ٤٤٧/٩، والغرر البهية لزكريا الأنصاري ٤٢٨/٢ والأشباه والنظائر للسيوطي ص٧٠٢، ونظرية الشرط للشاذلي ص١٦١، ونظرية الشروط المقترنة لشعبان ص١١٨.

(2) انظر مغني المحتاج للشربيني ٣٢/٢، ونهاية المحتاج للرملي ٤٥٢/٣ والمجموع للنووي ٤٤٧/٩-٤٤٨ ونظرية الشرط للشاذلي ص٢٥٠، نظرية الشروط المقترنة لشعبان ص١١٨.

(3) سورة البقرة الآية: (٢٨٢).

(4) سبق تخريجه انظر ص٧٥ .

(5) انظر حاشية عبد الرحمن الشربيني على الغرر البهية ٤٢٧/٢، والشروط الجعلية في عقد البيع للحكمي ص٣٤.

الرابع: (شرط العتق ناجزاً في العبد، أو الأمة) لورود النص به وهو حديث بريرة ــ رضي الله عنها ــ سالف الذكر حيث صح البيع بشرط العتق[1] فهو مستثنى من النهي عن بيع وشرط[2] ولتشوف الشارع للعتق، مع ما فيه من منافاة لمقتضى العقد، لأن فيه منفعة للرقيق بالعتق، ومنفعة للمشتري في الدنيا بالولاء وفي الآخرة بالثواب، وللبائع بالتسبب فيه[3].

المطلب الثاني: الشروط الباطلة، وآثارها على العقد:

تنقسم الشروط الباطلة بحسب تأثيرها إلى قسمين:

القسم الأول: الشرط الباطل المبطل للعقد.

وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد، والمنافي له وليس من مصلحته، ولم يرد الشرع بجوازه، وفيه غرض مقصود لأحد العاقدين.

ويشمل هذا القسم ما يلي:

١- الشرط المخالف للنص، كشرط الولاء لغير المعتق[4] .

---

[1] سبق تخريجه انظر ص٩٠ حيث جاء في أوله أن عائشة ــ رضي الله عنها ــ قالت: جاءتني بريرة فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني فقلت إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم، فأبوا ذلك عليها) وإكمال القصة سبق ذكره في ص٩٠ .

[2] سبق تخريجه انظر ص٧٥ .

[3] انظر نهاية المحتاج للرملي ٤٥٦/٣ والمجموع للنووي ٤٥١/٩ والشروط الجعلية للحكمي ص٤٤، وحاشية البجيرمي ٢١٦/٢.

[4] اعتماداً على حديث بريرة ــ رضي الله عنها ــ سبق تخريجه انظر ص٩٠ وقد أجابوا عن أن الشرط بطل في الحديث، ولم يبطل البيع بردود منها

١- أن الشرط لم يكن في نفس العقد بل كان سابقاً، أو متأخراً.

٢- أن معنى: (اشترطي لهم) أي عليهم.

٢- والشرط المؤدي إلى المحظور، كما لو باعه السيف بشرط قطع الطريق أو أقرضه بشرط أن يرده بزيادة.

٣- والشرط المؤدي إلى المنع من التصرف أو من الانتفاع بمحل العقد مطلقاً، أو لفترة معينة، كما لو باعه داراً بشرط أن لا يبيعها من فلان، أو بشرط أن يسكنها البائع شهراً مثلاً.

٤- والشرط الذي يؤدي إلى قيام أحد العاقدين، أو غيرهما بعمل في محل العقد، أو في غيره، كما لو اشترى حطباً بشرط تكسيره.

٥- والشرط الذي يؤدي إلى إيجاب تصرف في محل العقد، أو في غيره لمصلحة أحد العاقدين، ولغيرهما.

مثال الذي في محل العقد: من باع أرضاً بشرط أن يجعلها المشتري وقفاً.

ومثال الذي في غير محل العقد: من باع داراً بشرط أن يقرضه مالاً، أو يقرض فلاناً الأجنبي[١] .

أثر هذه الشروط: أنها باطلة مبطلة للعقد على الصحيح في المذهب.[٢]

والدليل على بطلان هذا الشروط وإبطالها للعقد ما يلي:

١- ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط[١]

٣- أن هذا الحكم خاص بقصة عائشة وبريرة رضي الله عنهما لقطع عادتهم. انظر المجموع للنووي ٤٦٦/٩-٤٦٧.

[1] انظر حاشية البجيرمي ٢١٠/٢، والغرر البهية لزكريا الأنصاري ٤٢٦/٢ –٤٢٧، والمهذب للشيرازي ومعه المجموع ٤٥١/٩ وما بعدها، ونهاية المحتاج للرملي ٤٥٠/٣، ومغني المحتاج للشربيني ٣٣/٢-٣٤ والموسوعة الكويتية ١٣/٢٦، والشروط الجعلية للحكمي ص٣٤، ونظرية الشرط للشاذلي ص٢٥٩ وما بعدها، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص١١٩.

[2] انظر حاشية البجيرمي ٢١٠/٢، والغرر البهية للأنصاري ٤٢٧/٢ والمهذب وشرحه المجموع ٤٥١/٩ وما بعدها، ومغني المحتاج على متن المنهاج ٣١/٢.

٢- عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: قال رسول الله: **(لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع)**[٢]

ووجه الاستدلال: أن الشروط سالفة الذكر تدخل ضمن عموم هذه الأحاديث فدل ذلك على بطلانها[٣] .

٣- ولأن هذه الشروط منافية لمقتضى العقد، وليس فيها مصلحة لـــه، وفيهـــا منفعة مقصودة للعاقدين فتؤدي إلى المطالبة، والنزاع، فأفسدت العقد[٤] .

القسم الثاني: الشروط الباطلة غير المبطلة للعقد وهـــي الـــشروط المخالفـــة لمقتضى العقد، غير المتضمنة منفعة أو غرضاً يورث تنازعاً، كما لـــو باعـــه عبداً بشرط أن يأكل العبد طعاماً معيناً كالهريسة، أو يلبس لباساً معيناً كـــالخز. فهذا الشرط مخالف لمقتضى العقد لكنه غير مناف له بحيث لو التزم المشتري بإلباسه الخز لما ترتب عليه نقض لأحكام العقد وآثاره.

وآثار هذا النوع من الشروط:

أن فساده وبطلانه مقتصر على نفسه، فيلغو ويصح العقد على الصحيح من المذهب. ووجه ذلك: أما فساده فللأدلة سابقة الذكر، وأما عدم إفساده للعقد فلأنه لا يتعلق به منفعة أو غرض يورث مطالبة وتنازعـــاً، فلـــم يـــؤثر فـــي العقد[٥].

---

(1) سبق تخريجه انظر ص٧٥ .

(2) سبق تخريجه انظر ص ٧٨ .

(3) انظر الغرر البهية للأنصاري ٤٢٦/٢ –٤٢٧ ــ ونظرية الشرط الشاذلي ص٢٦٩.

(4) انظر الغرر البهية للأنصاري ٤٢٣/٢ ، والمجموع للنووي ٤٥٣/٩ ونظرية الشرط للشاذلي ص٢٦٩.

(5) انظر الغرر البهية للأنصاري ٤٢٣/٢ ونهاية المحتاج للرملي ٤٤٢/٣ ومغني المحتاج للشربيني ٣٤/٢ والمجموع للنووي ٤٤٧/٩ والشروط الجعلية للحكمي ص٣٥ ونظرية الشرط للشاذلي ص٢٧٠.

المبحث الخامس: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الحنابلة

المطلب الأول: الشروط الصحيحة وتشمل ما يلي

أولاً: (الشروط التي يقتضيها العقد)

كاشتراط التقابض في البيع، وحلول الثمن، وتصرف كل واحد من المتبايعين فيما يصير إليه من ثمن، أو مثمن. وهذا النوع من الشروط كما سبق بيانه وجوده وعدمه سواء، لأنه بيان، وزيادة تأكيد لما يقتضيه العقد بدون شرط [١].

ثانياً: (الشروط التي من مصلحة العقد، وإن كان لا يقتضيها):

وذلك كاشتراط البائع على المشتري تقديم رهن أو كفيل معينين بالثمن المؤجل. وهذا النوع من الشروط فيه مصلحة للعقد بتوثيقه ومنفعة للشارط.[٢] قال ابن قدامة: (ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً)[٣] .

ثالثاً: (الشروط التي فيها منفعة مباحة، معلومة، غير منافية لمقتضى العقد وإن كان لا يقتضيها، وليست من مصلحته) ومثلوا له: بما لو شرط سكنى الدار المبيعة شهراً، أو شرط حملان البعير إلى موضع معين، وكاشتراط القيام بعمل

---

(1) انظر كشاف القناع للبهوتي ١٨٩/٣، والمقنع لابن قدامة والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٢٠٥/١١، والإنصاف للمرداوي مطبوع مع الشرح الكبير ٢٠٥/١١، ودليل الطالب لمرعي بن يوسف ص٧٧، والإقناع للحجاوي ١٩٠/٢، والكافي لابن قدامة ٣/ ٥٧، والروض المربع للبهوتي ومعه حاشية ابن قاسم ٣٩٣/٤، ومنتهي الإرادات للفتوحي مع حاشية المنتهي لابن قائد النجدي ٢٨٦/٢ والمغني لابن قدامة ٣٢٣/٦، ومطالب أولي النهي للرحيباني ٦٧/٣ والمبدع لابن مفلح ٨٠/٧.

(2) انظر كشاف القناع للبهوتي ١٨٩/٣، والمقنع لابن قدامة والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٢٠٥/١١ والإنصاف للمرداوي ٢٠٥/١١ والكافي لابن قدامة ٥٧/٣، والإقناع للحجاوي ١٨٩/٢، ودليل الطالب لمرعي بن يوسف ص٧٧، ومنتهى الإرادات للفتوحي ٢٨٦/٢ والروض المربع للبهوتي مع الحاشية ٣٦٣/٤، والمغني لابن قدامة ٣٢٣/٦.

(3) المغني لابن قدامة ٣٢٣/٦

معين في محل العقد، كاشتراط تكسير الحطب، أو خياطة الثوب، وتفصيله، وحصاد الزرع فهذه الشروط صحيحة يلزم الوفاء بها ويثبت الخيار عند فواتها[1].

وقد نص شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم على أن الأصل في الشروط الجواز والصحة، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل الدليل على تحريمه وفساده[2].

فهذه الشروط وأمثالها مما لم يرد الدليل بتحريمه من ضمن المباح وقد ساق الحنابلة أدلة كثيرة على إباحة هذا النوع من الشروط منها ما يلي:

١- حديث جابر رضي الله عنه الذي سبق ذكره[3] والذي اشترط فيه على النبي ﷺ ظهر الجمل إلى المدينة. فقد اشترط منفعة معلومة لا يقتضيها العقد.

٢- وبحديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ (نهى عن الثنيا إلا أن تعلم)[4]

وجه الاستدلال:

أن الشروط المعلومة من الثنيا المعلومة فصحت بنص الحديث[5] .

---

(1) انظر كشاف القناع للبهوتي ١٩٠/٣ والمقنع لابن قدامة والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٢١٤/١١ والإنصاف للمرداوي ٢١٤/١١، والإقناع للحجاوي ١٩٠/٢ –١٩١، ودليل الطالب لابن يوسف ص٧٧ والروض المربع للبهوتي وحاشيته لابن قاسم ٣٩٥/٤-٣٩٦، والمبدع لابن مفلح ٨٠/٧-٨١ ومطالب أولى النهى للرحيباني ٧٠/٣ والكافي لابن قدامة ٦٠/٣ ومنتهى الإرادات للفتوحي ٢٨٨/٢-٢٨٩ وزاد المستقنع للحجاوي ص٥٧.

(2) انظر مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٣٢/٢٩، وإعلام الموقعين لابن القيم ٤٢٤/١-٤٢٥، والفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ٧٩/٤-٨٠.

(3) سبق تخريجه ص ٨٤ .

(4) سبق تخريجه ص٨٥ .

(5) انظر مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٧١/٢٩ ، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٢١٦/١١.

٣-بما روى سفينة[1] ــ ﷺ ــ قال: كنت مملوكاً لأم سلمة فقالــت: أعتقــك، وأشترط عليك أن تخدم رسول الله ﷺ ما عشت. فقلت: إن لم تشترطي علي ما فارقت رسول الله ﷺ ما عشت، فأعتقتني، واشترطت علي[2].

وجه الاستدلال:

أن أم سلمة ــ رضي الله عنها ــ اشترطت منفعة الخدمة فــي العتــق، وأقرها رسول الله ﷺ فدل على صحة أمثال هذا الشرط مما فيه منفعة، مباحة، معلومة غير منا فيه لمقتضى العقد في البيع وغيره من المعاوضات[3].

٤-وبحديث أبي هريرة ــ ﷺ ــ قال: قال رسول الله ﷺ (الصلح جــائز بــين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً)[4] .

---

[1] مولى رسول الله ﷺ أبو عبد الرحمن وسفينة لقبه وأما اسمه فمهران وقيل غير ذلك لقبه النبي ﷺ سفينة، لأنه حمل متاعاً كثيراً في سفر فقال له النبي ﷺ : (ما أنت إلا سفينة) فلزمه ذلك توفي ــ ﷺ ــ في زمن الحجاج انظر سير أعلا النبلاء ١٧٢/٣-١٧٣ والاستيعاب لابن عبد البر ١٢٩/٢ وتقريب التهذيب لابن حجر ٢٤٥/١ والإصابة لابن حجر ٥٨/٢ وتاريخ الإسلام للذهبي ١٥٨/٣ والمستدرك على الصحيحين للحاكم ٧٠١/٣، وسبل السلام للصنعاني ١٥٠٤/٤.

[2] أخرجه ابوداود في كتاب العتق باب في العتق على الشرط وسكت عنه سنن أبي داود ٢٥٠/٤ – ٢٥١، وابن ماجة في كتاب العتق باب من أعتق عبداً واشترط خدمته سنن ابن ماجة ٨٤٤/٢، والبيهقي في كتاب العتق باب من قال لعبده أنت حر.. السنن الكبرى ٢٩١/١٠ والحاكم في كتاب العتق المستدرك ٢٣٢/٢ وقال: (صحيح الإسناد ولم يخرجاه) ووافقه الذهبي في التلخيص بذيل المستدرك، والبغوي في باب العتق على الخدمة شرح السنة ٣٧٦/٩، وأحمد في المسند ٢٢١/٥، ونقل المنذري عن النساني أنه قال فيه: (لا بأس بإسناده) مختصر سنن أبي داود ٣٩٤/٥، قال الشوكاني: (وفي اسناده سعيد بن جمهان أبو حفصة الأسلمي وثقه يحيى بن معين وأبو داود السجستاني وقال أبو حاتم الرازي: شيخ يكتب حديثه ولا يحتج به) نيل الأوطار ٩٧/٦. وانظر الروضة الندية لمحمد صديق حسن القنوجي ٣٢١/٢، وحسنه الألباني في إرواء الغليل ١٧٥/٦،.

[3] انظر كشاف القناع للبهوتي ١٩١/٣، والمنفعة والانتفاع في الفقه الإسلامي لعبد الله بن علي ص١٦٠.

[4] ذكره البخاري تعليقاً بصيغة الجزم مقتصراً على لفظ (المسلمون على شروطهم) في كتاب الإجارة باب أجر السمسرة صحيح البخاري بفتح الباري ٢١٢/٥، وأبو داود في كتاب الأقضية باب في الصلح وسكت عنه سنن أبي داود ١٩/٤-٢٠، والترمذي في كتاب الأحكام، باب ماذكر عن رسول الله ﷺ في =

وجه الاستدلال:

أن الحديث عام في إيجاب الوفاء بكل أنواع الشروط التي لا تخالف ما جاء به الشرع ومن ضمنها اشتراط منفعة مباحة معلومة لا يقتضيها العقد وليست من مصلحته[1] .

٥-ما رُوى أن صهيباً رضي الله عنه باع داره من عثمان رضي الله عنه، واشترط سكناها كذا وكذا[2]

٦-ولأن المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري، فيما إذا اشترى نخلاً مؤبرة، أو أرضاً مزروعة، أو داراً مؤجرة أو أمة مزوجة، فجاز أن يستثنيها، كما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير[3] .

= الصلح بين الناس جامع الترمذي ومعه تحفة الأحوذي ٤٨٧/٤، وقال: (هذا حديث حسن صحيح) وابن ماجة في كتاب الأحكام باب الصلح سنن ابن ماجة ٧٨٨/٢، والدار قطني في كتاب البيوع سنن الدار قطني ٢٧/٣، والطحاوي في كتاب الهبة والصدقات باب العمرى شرح معاني الآثار ٩٠/٤، والبغوي في باب الصلح على النصف شرح السنة ٢٠٩/٨، وأخرجه الحاكم في كتاب البيوع المستدرك ٥٧/٢ وفي كتاب الأحكام المستدرك ١١٣/٤، وسكت عنه، وضعفه الذهبي في التلخيص مطبوع مع المستدرك ١١٣/٤، وأخرجه أحمد في المسند ٣٦٦/٢، وابن عدي في الكامل ٢٠٨٨/٦، وصحح الحديث السخاوي في المقاصد الحسنة ص٣٨٥ وقال شيخ الإسلام في الحديث (وهذه الأسانيد وإن كان الواحد منها ضعيفاً فاجتماعها من طريق يشد بعضها بعضاً) مجموع الفتاوى ١٤٧/٢٩، وقال الشوكاني: (وصححه الترمذي، وهذا التصحيح من الترمذي مما انتقد عليه، فإن في إسناده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف، وقد قال الشافعي وأبو داود فيه: إنه ركن من أركان الكذب، واعتذر للترمذي بأنه صححه باعتبار كثرة طرقه.. فله طرق غير هذه وبعضها تقوم به الحجة) السيل الجرار ٢٥٨/٤ وقد حسنه في نيل الأوطار ٣٠٤/٥ حيث قال (والطرق يشهد بعضها لبعض، فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً) وصححه الألباني وقال: (وجملة القول: أن الحديث بمجموع هذه الطرق يرتقي إلى درجة الصحيح لغيره) إرواء الغليل ١٤٥/٥.

[1] انظر مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٤٧/٢٩، وما بعدها، والمنفعة والانتفاع لعبد الله بن علي ص١٦١.

[2] أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية باب في الرجل يبيع داره ويشترط فيها سكنى مصنف ابن أبي شيبة ٣٦٢/٥

[3] الشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٢١٦/١١.

٧- ولأن غاية الشرط أنه جمع بين بيع وإجارة، وكل واحد منهما يصح إفراده بالعقد، فإذا جمعهما جاز[١] .

المطلب الثاني: الشروط الباطلة وآثارها:

وتنقسم إلى قسمين باعتبار أثرها على العقد:

أولاً: الشروط الباطلة المبطلة للعقد وهي ثلاثة أنواع:

الأول: الشروط التي تؤدي إلى اجتماع عقدين في عقد واحد بعوضين مختلفين[٢] كما لو باعه شيئاً، واشترط عليه عقداً آخر كالسلم، أو القرض، أو البيع، أو صرف الثمن، أو النكاح، فالشرط فاسد والعقد باطل على الصحيح في المذهب[٣] .

ودليلهم على بطلان هذه الشروط وإبطالها للعقد ما يلي:

١- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة)[٤].

---

[1] انظر الشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٢٢١/١١.

[2] وهم في هذا يفرقون بين اجتماع العقدين بعوض واحد كبيع، وإجارة كأن يقول: بعتك هذه الدار وأجرتك الأخرى بألف وبين العقدين بعوضين وهو محل الحديث هنا، فالاجتماع بعوض واحد جائز وصحيح، لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما متفرقة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعة في الصحيح من المذهب، وبهذا يظهر عدم تناقض المذهب بين شرط منفعة مباحة معلومة المؤدي إلى اجتماع عقد البيع والإجارة كشراء حطب بشرط تكسيره حيث إن العقدين هنا بعوض واحد. وفي هذا جمع بين الأحاديث فحديث جابر سالف الذكر أجاز اجتماع البيع والإجارة، والأحاديث هنا تحرم ذلك فلا وجه إلى الجمع بينهما إلا بهذا. انظر المغني لابن قدامة ٣٣٥/٦.

[3] انظر المغني لابن قدامة ٣٢٤/٦ وكشاف القناع للبهوتي ١٩٣/٣، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة على المقنع ٢٣٠/١١ والإنصاف للمرداوي ٢٣٠/١١، والروض المربع للبهوتي مع حاشيته لابن قاسم ٤٠١/٤ والعمدة لابن قدامة وشرحه العدة للمقدسي ص٢١٥- ٢١٦.

[4] سبق تخريجه انظر ص٧٩-٨٠.

٢- وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة)[١].

٣- وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: (لا يحل سلف وبيع)[٢]:

فهذه الأحاديث فسرها المذهب في الظاهر عنه باجتماع عقدين في عقد واحد بعوضين مختلفين وجاء التصريح بالنهي عن سلف وبيع في حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه والنهي في الأحاديث يقتضي الفساد[٣] .

٤- ولأن العقد لا يجب بالشرط، لكونه لا يثبت في الذمة، فيسقط فيفسد العقد، لأن البائع لم يرض به إلا بذلك الشرط، فإذا فات فات الرضا به[٤].

٥- ولأنه شرط عقداً في عقد، فلم يصح كنكاح الشغار[٥].

الثاني: (اشتراط شرطين في العقد):

والمراد بها الشرطان الفاسدان، كالمؤديين للغرر والجهالة، والربا، أو المنافيين لمقتضى العقد كما لو باعه جارية بشرط أن لا يبيعها من أحد، وأنه يطؤها، أو يبيعه جارية بشرط إذا باعها فهو أحق بها بالثمن وأن تخدمه سنة ونحو ذلك.

---

(1) سبق تخريجه انظر ص ٧٩ .

(2) سبق تخريجه انظر ص ٧٨ .

(3) انظر المغني لابن قدامة ٣٣٢/٦ –٣٣٣، وذكر بن قدامة تفسيراً آخر للبيعتين في بيعة والصفقتين في صفقة حيث يقول: (وقد روي وجه آخر وهو أن يقول: بعتك هذا العبد بعشرة نقداً أو بخمسة عشر نسيئة أو بعشرة مكسرة، أو تسعة صحاحاً، هكذا فسره مالك والثوري وإسحاق وهو أيضاً باطل، وهو قول الجمهور، لأنه لم يجزم له ببيع واحد، فأشبه ما لو قال: بعتك هذا أو هذا. ولأن الثمن مجهول فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول، ولأن أحد العوضين غير معين، ولا معلوم فلم يصح كما لو قال: بعتك أحد عبيدي) المغني ٣٣٣/٦.

(4) المغني لابن قدامة ٣٣٣/٦

(5) المغني لابن قدامة ٣٣/٦

وأما إن شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو مصلحته مثـــل: أن يبيعه بشرط الخيار، والتأجيل والرهن والضمين فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثر[1].

ودليلهم على بطلان هذا النوع وإبطاله للعقد حديث عبد الله بن عمـــرو رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع)[2].

---

[1] انظر المغني لابن قدامة ٣٢١/٦، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٢٢٦/١١ وما بعدها، والمقنع لابن قدامة مطبوع مع الشرح الكبير ٢٢٦/١١، والإنصاف للمرداوي ٢٢٨/١١، وما بعدها، وكشاف القناع للبهوتي ١٣١/٣-١٩٢ والروض المربع للبهوتي وحاشيته ٣٩٩/٤ وما بعدها، ومنتهى الإرادات للفتوحي ٢٨٩/٢ وما بعدها، والكافي لابن قدامة ٦١/٣ وفي المذهب روايات غير هذه منها: أن المراد الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا من مصلحته وإن كان صحيحاً كاشتراط طحن البر، وحمله. فالواحد منها صحيح والإثنان يبطلانه انظر المغني ٣٢٢/٦، والراجح والله أعلم في معنى الشرطين أنهما بمعنى البيعتين في بيعة، والصفقتين في صفقة انظر تهذيب السنن لابن القيم ١٤٤/٥، والسيل الجرار للشوكاني ٦١/٣، ومعالم السنن للخطابي ١٤٤/٥، قال ابن قتيبة: ومن البيوع المنهي عنها شرطان في بيع، وهو أن يشتري الرجل السلعة إلى شهرين بدينارين وإلى ثلاثة أشهر بثلاثة دنانير وهو بمعنى: (بيعتين في بيعة) غريب الحديث ١٨/١، وقال الألباني: (ويظهر أن اللفظين بمعنى واحد ـــ أي حديث (شرطين في بيع) وحديث بيعتين في بيعة ـــ رواه بعض الرواة عن عمرو بن شعيب بهذا وبعضهم بهذا) إرواء الغليل ١٥١/٥، وصحيح الجامع الصغير ١١٦/٧، ومعنى الشرطين والبيعتين، والصفقتين لا تخرج عن أحد الأمور الثلاثة التالية:

١- أن يبيع المرء سلعة فيقول: بعته لك بنقد بكذا وبنسيئة بكذا وهذا محرم وهو تفسير ابن مسعود ـــ رضي الله عنه ـــ انظر مصنف ابن أبي شيبة ٥٤/٥، ومصنف عبد الرزاق ١٣٨/٨-١٣٩، وعلة التحريم: عدم استقرار الثمن والغرر والجهالة. انظر السيل الجرار للشوكاني ٥٨/٣ –٦٠-٦١ وتحفة الأحوذي للمباركفوري ٣٥٨/٤، ومعالم السنن للخطابي ٩٨/٥، وشرح السنة للبغوي ١٤٣/٨ ونيل الأوطار للشوكاني ١٨٠/٥ –٢١٣، وتهذيب السنن لابن القيم ١٠٦/٥.
٢- وفسرت بمسألة العينة بأن يبيعه سلعة بمائة نسيئة على أن يشتريها بخمسين نقداً وهو ربا. انظر تهذيب السنن لابن القيم ١٠٦/٥.
٣- أن المراد هو اجتماع عقدين في عقد واحد بعوضين مختلفين وهذا ما سبق ذكره عند تفسير الحنابلة له انظر ص١٠١-١٠٢ وانظر معالم السنن للخطابي ٩٨/٥، وشرح السنة للبغوي ١٤٣/٨، وللاستزادة انظر تهذيب السنن لابن القيم ١٤٤/٥، وما بعدها، وبحوث فقهية في فقه المعاملات المالية لعلي القره داغي ٣٤٣ وما بعدها.

[2] سبق تخريجه انظر ص ٧٨.

الثالث: (اشتراط ما ينافي مقصود العقد):

كاشتراط الطلاق في النكاح، والفسخ في البيع[١].

آثار هذه الأنواع من الشروط:

أنها تفسد وتفسد العقد المقترن بها.

ثانياً: الشروط الباطلة غير المبطلة للعقد:

وهي الشروط المنافية لمقتضى العقد، غير الملغية لمقصوده كاشتراط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع، أو لا يهبه فهذه الشروط تفسد، لكنها لا تبطل العقد على الراجح في المذهب[٢].

ودليلهم على فساد الشرط وصحة العقد:

حديث بريرة ـ رضي الله عنها ـ حيث قال النبي ﷺ لعائشة ـ وقد اشترط أهلها الولاء ـ : خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق)[٣] فأبطل النبي ﷺ الشرط ولم يبطل العقد[٤] ويستثنى من هذه الشروط ما جاء النص بصحتها كشرط العتق لحديث بريرة ـ رضي الله عنها ـ لأن عائشة رضي الله عنها اشترتها بشرط عتقها[٥].

فأثر هذا النوع من الشروط أنه يفسد ويلغو لكنه لا يفسد العقد.

---

(1) انظر مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٣٨/٢٩ والإقناع للحجاوي ١٩٢/٢ –١٩٣.

(2) انظر كشاف القناع للبهوتي ١٩٣/٣-١٩٤، والكافي لابن قدامة ٥٧/٣ –٥٨ –٥٩ والإنصاف للمرداوي ٢٣٣/١١، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٢٣٢/١١-٢٣٣.

(3) سبق تخريجه انظر ص ٩٠ .

(4) كشاف القناع للبهوتي ١٩٤/٣ .

(5) انظر كشاف القناع للبهوتي ١٩٤/٣ .

وبهذا يتضح أن المذهب الحنبلي هو أوسع المذاهب في تصحيح الشروط بل إن المتأخرين كشيخ الإسلام وتلميذه ابن القيم قد صرحوا بقاعدة فتحوا بها باباً واسعاً في تصحيح الشروط وجعلوها أصلاً في الشروط ألا وهي: (أن الأصل في الشروط الحل والإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه)[1] فالفاسد عند شيخ الإسلام وتلميذه من الشروط أحد أمرين:

١- المنافي لمقصود العقد، لأن في إباحته جمع بين المتناقضين بين إثبات المقصود ونفيه فلا يحصل شي[2] .

٢- والمخالف للشرع[3] .

ويأتي المذهب المالكي بعد المذهب الحنبلي في تصحيح الشروط ثم يليهم المذهب الحنفي، وآخرهم الشافعي[4].

---

(1) انظر مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٣٢/٢٩ وما بعدها، والفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ٧٩/٤ وما بعدها، وإعلام الموقعين لابن القيم ٤٢٤/١-٤٢٥.

(2) انظر مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٥٦/٢٩، ومصادر الحق للسنهوري ١٧٢/٣

(3) انظر مجموع الفتاوى ١٥٦/٢٩ ، وإعلام الموقعين لابن القيم ٤٢٤/١-٤٢٥.

(4) انظر مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٢٦/٢٩ –١٢٧ –١٣٢ –١٣٣.

المبحث السادس: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الظاهرية

المطلب الأول: الشروط الصحيحة:

الشروط الصحيحة عند الظاهرية هي ما ورد النص بجوازها، أو انعقد الإجماع على صحتها وهي سبعة شروط[١].

١- اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى لقولـــه تعـــالى: ﴿وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[٢] .

٢- اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى لقوله تعـــالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾[٣].

٣- اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكرا أجلاً لقوله تعـــالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[٤].

٤- اشتراط صفات المبيع التي يتراضيانها معاً، ويتبايعان ذلك الشيء على أنه بتلك الصفة، لقوله تعـــالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٥].

٥- اشتراط أن لا خِلابة[٦] لحديث عبد الله بن عمر ــ رضي الله عنهمـــا:

---

[١] انظر المحلى ٣١٩/٧.

[٢] سورة البقرة الآية: (٢٨٣)

[٣] سورة البقرة الآية (٢٨٢)

[٤] سورة البقرة الآية (٢٨٠)

[٥] سورة النساء الآية (٢٩)

[٦] أي (لا خديعة) انظر فتح الباري لابن حجر ٦٧/٥ والنهاية لابن الأثير ٥٨/٢

أن رجلاً[١] ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال: (إذا بايعت فقل: لا خِلابة)[٢] .

٦- اشتراط المشتري أن يكون مال العبد، أو الأمة له.

٧- اشتراط المشتري ثمر النخل المؤبر [٣].

والدليل عليهما:

ما روى عن عبد الله بن عمر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر[٤] فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع ومن ابتاع عبداً فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع)[٥] .

المطلب الثاني: الشروط الباطلة وآثارها:

وهي ما عدا ذلك من الشروط التي لم يرد النص بجوازها ولم ينعقد الإجماع على اعتبارها[٦] فالأصل عندهم في الشروط أنها باطلة ما لم يرد الدليل بجوازها[٧]

---

[1] هو حبان بن منقذ الأنصاري رضي الله عنه شج في بعض مغازي الرسول ﷺ فتغير لسانه وعقله لكنه لم يخرج عن التمييز وكان يغبن في البيع فأمره النبي ﷺ أن يشترط أن لا خديعة. انظر شرح النووي على مسلم ١٧٧/١٠.

[2] أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب ما يكره من الخداع في البيع صحيح البخاري ومعه فتح الباري ٦٦/٥ ومسلم في كتاب البيوع باب من يخدع في البيع صحيح مسلم بشرح النووي ١٧٦/١٠.

[3] انظر المحلى لابن حزم ٣١٩/٧

[4] التأبير: التشقيق، والتلقيح ومعناه: شق طلع النخلة الأنثى ليذر فيه شيء من طلع النخلة الذكر فتح الباري لابن حجر ١٤٩/٥ وانظر شرح النووي على مسلم ١٩١/١٠.

[5] أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب من باع نخلاً قد أبرت وفي كتاب الشروط باب إذا باع نخلاً قد أبرت صحيح البخاري ومعه فتح الباري ١٤٨/٥ –٦٥٦ ومسلم في كتاب البيوع باب من باع نخلاً عليها تمر صحح مسلم بشرح النووي ١٩١/١٠ واللفظ له .

[6] انظر المحلى لابن حزم ٣١٩/٧.

[7] انظر الإحكام لابن حزم ٨/٥ - ٩

أثر الشروط الباطلة:

أنها تبطل، وتبطل كل عقد اقترنت به، دون تفريق بين أنواعها. [١]

ودليلهم على ذلك حديث بريرة ــ رضي الله عنها ــ حيث قال فيه النبي ﷺ : (فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط. كتاب الله أحق وشرط الله أوثــق)[٢] قال ابن حزم: فهذا الأثر كالشمس صحة، وبياناً يرفع الإشكال كله. فلما كانت الشروط كلها باطلة ــ غير ما ذكرنا ــ كان كل عقد من بيع أو غيره عقد على شرط باطل باطلاً ولابد لأنه عقد على أنه لا يصح إلا بصحة الشرط، والشرط لا صحة له، فلا صحة لما عقد بأن لا صحة له إلا بصحة ما لا يصح)[٣].

فظهر جلياً أن الظاهرية هم أضيق المذاهب في تصحيح الشروط بسبب الأصل الذي اعتمدوه وهو إبطال كل شرط لم ينص عليه أو ينعقد الإجماع على صحته.

---

(1) انظر المحلى لابن حزم ٣١٩/٧ .

(2) سبق تخريجه انظر ص٩٠ .

(3) المحلى لابن حزم ٣٢٠/٧ .

المبحث السابع: أسباب الاختلاف والأصل في الشروط وأثره في الحكم على الشرط الجزائي

ظهر أن أكثر المذاهب تصحيحاً للشروط هو المذهب الحنبلي وخاصة شيخ الإسلام ، وتلميذه ابن القيم اللذين صرحا بأن الأصل في الشروط الإباحة ما لم يدل الدليل على التحريم.

ويلي المذهب الحنبلي في تصحيح الشروط المذهب المالكي ثم الحنفي، ثم الشافعي[١] .

ويعد الظاهرية أشد المذاهب في تصحيح الشروط فقد ضيقوا الدائرة، حيث لم يصححوا إلا سبعة شروط بل إن ابن حزم صرح (بأن الأصل في الشروط الحرمة ما لم يدل الدليل على الإباحة[٢]).

وقد وقع الخلاف بين المذاهب في شروط كثيرة. فهل الخلاف بينهم راجع إلى اختلافهم في الأصل أم إلى أمور أخرى؟ هذا ما سأبينه في المطلب التالي.

المطلب الأول: أسباب اختلاف العلماء في الشروط المقترنة بالعقد:

من البدهي إدراك أن الأصل عند الظاهرية وعلى رأسهم ابن حزم في الشروط المقترنة بالعقد هو الحرمة إلا ما جاء النص أو الإجماع بإباحته بل هو ما صرح به ابن حزم فهو أول من صرح بالأصل في الشروط.

---

[1] انظر نظرية الشروط المقترنة بالعقد لزكي الدين شعبان ص١٣٦، والمدخل للفقه الإسلامي للدرعان ص٤٠٢ وما بعدها

[2] انظر الإحكام لابن حزم ٨/٥-٩

لكن يبقى رأي المذاهب الأربعة الأخرى هو موضع البحث فهل الخلاف الواقع بينها في الشروط المقترنة بالعقد[١] راجع إلى اختلاف الأصل، أم راجع إلى أمور أخرى؟ الواقع أنه لم يصرح أحد من أصحاب المذاهب الأربعة بأصل في الشروط المقترنة بالعقد[٢] عدا شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ــ اللذان يأتيان بعد ابن حزم في التصريح وقد خالفوه في الأصل ــ حيث يقول شيخ الإسلام: (والذي يمكن ضبطه فيها قولان: أحدهما: أن يقال: الأصل في العقود، والشروط فيها، ونحو ذلك الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته، فهذا قول أهل الظاهر، وكثير من أصول أبي حنيفة تبنى على هذا وكثير من أصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد.............

القول الثاني: أن الأصل في العقود، والشروط الجواز، والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه، وإبطاله نصاً، أو قياساً عند من يقول به، وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالك

---

[1] وقع الخلاف بين أصحاب المذاهب في شروط كثيرة ومن الأمثلة على ذلك ــ إذ المجال ليس مجال استعراض خلاف العلماء حول أفراد الشروط وعرض أدلتهم، ومناقشتها، والترجيح بينها، لأن هذا سيؤدي إلى توسع في غير محله مما يحول دون ا لوصول إلى الثمرة المرجوة من عقد هذا الفصل في هذا البحث ــ (شرط أحد العاقدين منفعة، معلومة، مباحة لا يقتضيها العقد، ولا تلائمه، ولا تنافي مقتضاه) كاشتراط المشتري على البائع خياطة القماش قميصاً ، أو اشتراط البائع سكن الدار المبيعة مدة معلومة وقد اختلف أصحاب المذاهب الأربعة حول هذا النوع في الجملة على قولين: الأول: أنه صحيح واختلف أصحاب هذا القول على ثلاثة أقول هي:

١- صحيح مطلقاً وهو للحنابلة

٢- صحيح بشرط جريان العرف به، والتعامل به وهو رأي الحنفية.

٣- صحيح بشرط أن يكون يسيراً وهو رأي المالكية

القول الثاني: أنه فاسد وهو للشافعية وقد سبق أن ذكرت أدلتهم انظر ص٧٤-٨٤ ، ٩٥-٩٨ وسبق أن استعرضت أقوال الفقهاء حول الشروط المقترنة عموماً في المباحث الستة السابقة والثمرة من ذلك هو ما سيظهر في هذا المبحث السابع.

[2] انظر مبدأ الرضا في العقود للقره داغي ١١٨٦/٢ –١١٨٧ .

قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه)[1] وقد انتصر شيخ الإسلام للقول الثاني وأيده خلافاً لابن حزم. وشيخ الإسلام وإن لم ينسب الأقوال إلى المذاهب صراحة لكنه أشار إلى أن أصولها تجري على هذا القول، أو ذاك.

والمثير للانتباه أنه جعل أصول أبي حنيفة والشافعي وطائفة من الحنابلة والمالكية تجري على أن الأصل في الشروط المنع وهو في هذا يخالف ابن حزم حتى في الإشارة إلى أصحاب الأقوال. فابن حزم عند انتصاره للقول بالحرمة كأصل في الشروط المقترنة، ومناقشته لأدلة المخالف نسب هذه الأدلة إلى الحنفية والمالكية حيث قال: (والعجب كله من احتجاج الحنفيين والمالكيين بهذه الأخبار)[2] وفي هذا إشارة منه إلى أن الحنفية والمالكية من القائلين بأن الأصل في الشروط الإباحة لا الحرمة وهذا يناقض ما أشار إليه شيخ الإسلام سابقاً.

ثم جاء ابن القيم فجعل الرأي القائل بأن الأصل في الشروط المنع مقصوراً على الظاهرية، وأن جمهور العلماء على خلافه أي أن الأصل عندهم الإباحة إلا ما أبطله الشارع ونهى عنه وقد انتصر لهذا القول[3] وهو في هذا يؤيد ما أشار إليه ابن حزم من نسبة القول بالإباحة إلى الحنفية والمالكية.

هذا الاضطراب في نسبة الأقوال إلى أصحابها أثر على الباحثين المتأخرين فاختلفوا في الأصل في الشروط عند المذاهب الأربعة:

---

(1) مجموع الفتاوى ١٢٦/٢٩ –١٢٧ –١٣٢ –١٣٣.

(2) الإحكام لابن حزم ٢٤/٥

(3) انظر إعلام الموقعين لابن القيم ٤٢٤/١ – ٤٢٥.

١-فبعضهم: ذهب إلى أنه الأصل عند المذاهب الأربعة في الشروط المنع والحظر[١].

٢- وبعضهم نسب القول بأن الأصل في الشروط المنع إلى الحنفية، والشافعية، وأما الحنابلة والمالكية فجعل أصلهم الإباحة[٢]

٣- وبعضهم الآخر قصر القول بالإباحة على الحنابلة فقط، أما الحنفية، والمالكية والشافعية فالأصل عندهم المنع[٣] .

٤- وبعضهم رجح أن الأصل عند المذاهب الأربعة في الشروط الإباحة[٤]

وسبب الاختلاف بين ابن حزم، وابن تيمية في نسبة القول إلى المذاهب الأربعة، واضطراب المتأخرين بناء عليه يرجع إلى أمور منها:

١- عدم تصريح أصحاب المذاهب الأربعة برأي في المسألة. ومن ثم يرد الخطأ على تخريج الأصول من الفروع.[٥]

٢- اختلاف نظر ابن حزم إلى آراء المذاهب الأربعة في الشروط عن نظر ابن تيمية توسيعاً وتضييقاً.

٣- أن أصحاب المذاهب الأربعة يستدلون على جواز الشروط مما جعل بعض العلماء يظن أن الأصل عندهم المنع، وإلا لما استدلوا على جواز الشروط.

والذي يظهر ـــ والله أعلم ـــ من خلال النظر في أقوال العلماء في

---

[1] انظر نظرية العقد للعدوي ص١٦٠ ـــ وضوابط العقود للبعلي ص٢٩٧.

[2] انظر المدخل للفقه الإسلامي لمحمد سلام مدكور ص٦٤٧، ومصادر الحق للسنهوري ١٧٤/٣.

[3] انظر نظرية الشرط للشاذلي ص٢٧٤ –٢٧٥ –٢٩٩، والمدخل لدراسة الشريعة لزيدان ص٣٢٩-٣٣١، والمدخل للفقه الإسلامي للدرعان ص٤٠٠-٤٠٢، والمدخل الفقهي العام للزرقا ٥٤٩/١-٥٥٣ وضوابط العقد للتركماني ص٢٩٦-٣٠٠.

[4] انظر مبدأ الرضا في العقود للقره داغي ١١٨٨/٢.

[5] انظر التخريج عند الفقهاء والأصوليين ليعقوب أبا حسين ص٣٦، بل أنكر ابن برهان تخريج الأصول من الفروع. انظر الوصول إلى الأصول لابن برهان ١٥٠/١

الشروط المقترنة واستدلالهم أن المذاهب الأربعة على القول بأن الأصل في الشروط الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه.[1] وذلك لما يلي:

١- أن الأصل في المعاملات، والعقود عند أصحاب المذاهب الأربعة الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه[٢] . والشروط عقود ومعاملات فما الفرق إذاً؟

٢- لو كان الأصل عندهم في الشروط الحظر، والمنع لكانوا ركنوا إليه في إبطال كل شرط دون الحاجة إلى ذكر دليل آخر لكنهم عند ردهم لشرط ما فإنهم يستدلون على ذلك بالأدلة مما يدل على أن الأصل عندهم الإباحة إلا ما جاء الدليل بتحريمه.

٣- أما استدلالهم على إباحة الشروط فلا تدل على أن الأصل عندهم الحرمة بل هو رد على من قال بالتحريم في خصوص ذلك الشرط استناداً إلى أدلة أخرى، فمثلاً حديث جابر في اشتراط نفع الجمل مدة معلومة[٣] استدل به الحنابلة[٤] والمالكية[٥] رداً على من منع اشتراط المنفعة استدلالاً بحديث (نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط)[٦] وهم الشافعية[٧] والحنفية إذا لم يجر بها العرف[٨] وليس مرادهم أن الأصل المنع إلا إذا ورد الدليل بالإباحة.

---

(1) انظر إعلام الموقعين لابن القيم حيث رجح هذا القول ٤٢٤/١، وانظر مبدأ الرضا للقره داغي ١١٨٨/٢

(2) سيأتي بيان ذلك في الفصل الأول من الباب الثالث عند الحديث عن مدى حرية العاقدين في إنشاء العقود فينظر في موضعه.

(3) سبق تخريجه انظر ص٨٤.

(4) انظر ص٩٨.

(5) انظر ص٨٤.

(6) سبق تخريجه انظر ص٧٥.

(7) انظر ص٩٥.

(8) انظر ص٧٧.

ثم هو كذلك إظهار لوجود أدلة خاصة في مقابل الأدلة العامة.

كذلك هو تأكيد، وإظهار لمحاسن الشريعة، وكمالها وشمولها، فالفقهاء درجوا على ذكر الأدلة على المباحات كالأكل والشرب كقوله تعالى: ﴿ كُلُواْ وَٱشْرَبُواْ مِن رِّزْقِ ٱللَّهِ ﴾[١] فهل هو دليل على أن الأصل في الأكل والشرب المنع![٢]

فاختلاف المذاهب الفقهية في الشروط المقترنة إذاً يرجع إلى أسباب أخرى غير الخلاف في الأصل وهي أسباب لا تخرج عن أسباب الاختلاف الفقهي عموماً [٣] ومن أسباب الاختلاف في الشروط ما يلي:

١- الخلاف في معنى الشرط المنافي لمقتضى العقد حيث تؤدي منافاة مقتضى العقد إلى فساد الشرط، لأنه لا يجتمع عقد ونقيضه فمن اشترط المنافاة التامة كالحنابلة[٤] والمالكية[٥] لم يفسد الشروط التي فيها منافاة غير تامة كاشتراط عمل في المعقود عليه كشراء حطب مع اشتراط تكسيره ومن اعتبر المنافاة ولو لم تكن تامة كالشافعية[٦] والحنفية إذا لم يجربه العرف[٧] أفسد هذا الشرط.

---

(1) سورة البقرة الآية (٦٠)

(2) انظر مبدأ الرضا للقره داغي ١١٩٠/٢

(3) انظر في أسباب اختلاف الفقهاء عموماً: التنبيه على الأسباب التي أوجبت الاختلاف بين المسلمين للبطليوسي، ورفع الملام عن الأئمة الأعلام لشيخ الإسلام ص٩ وما بعدها، وتقريب الوصول إلى علم الأصول لابن جزي ص١٦١-١٧١، والأشباه والنظائر السبكي ٢٥٤/٢ وما بعدها، والموافقات للشاطبي ٢١١/٤ وما بعدها، والإنصاف في بيان أسباب الاختلاف للدهلوي ص١٥ ، وما بعدها، وأسباب اختلاف الفقهاء لعلي الخفيف، والاختلاف الفقهي بين علماء التابعين لحميدان ص٤٨ وما بعدها

(4) انظر ص ٩٧-١٠٤.

(5) انظر ص٨٧.

(6) انظر ص٩٥.

(7) انظر ص٧٧-٨١.

٢- اختلافهم في صحة النص فمن صحح حديث (نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط)[١] وهم الشافعية[٢] والمالكية[٣] والحنفية[٤] أفسد كثيراً من الشروط احتجاجاً بهذا الحديث ومن لم ير صحته كالحنابلة[٥] اتسعت عنده دائرة تصحيح الشروط.

٣- اختلافهم في فهم النص ومعناه فالشافعية الذين أخذوا بحديث (نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط) على إطلاقه توسعوا في إفساد الشروط[٦] أما الحنفية فأخرجوا من عمومه ما جرى به العرف من الشروط، فصححوها فلم يأخذوا به على إطلاقه[٧] كذلك المالكية قصروه على الشرط المناقض لمقتضى العقد، والشرط الذي يورث جهالة وغرراً ، ويخل بالثمن فلم يأخذوه على إطلاقه[٨]

ومن أبرز الأحاديث التي حصل الخلاف بين الفقهاء في معناها ورواياتها حديث جابر رضي الله عنه عندما باع جمله واشترط حملانه إلى أهله[٩] وكان هذا الخلاف سبباً في الاختلاف في اشتراط منفعة معلومة مباحة لا يقتضيها العقد ولا تلائمه ولا تنافي مقتضاه[١٠] فمن رجح روايات الاشتراط أباح

---

(1) سبق تخرجه انظر ص٧٥.

(2) انظر ص٩٥.

(3) انظر ص٨٧.

(4) انظر ص٧٥-٧٨.

(5) انظر ص٧٥.

(6) انظر ص٩٥.

(7) انظر ص٧٨.

(8) انظر ص٨٧.

(9) سبق تخريجه انظر ص٨٤.

(10) سبق ذكر الخلاف انظر ص١١٠.

اشتراط المنفعة وهم الحنابلة والمالكية[١] ومن رجح الروايات التي لم تذكر الاشتراط أو أول الاشتراط المذكور في الحديث بأنه من باب البر والعارية والتبرع من الرسول ﷺ وليس شرطاً[٢] أفسد هذا الشرط مطلقاً وهم الشافعية[٣] أو أفسده إلا إذا ورد به العرف وهم الحنفية[٤] والراجح ــ والله أعلم ــ هو صحة هذا الشرط، لأن الروايات التي ذكر فيها الاشتراط قال عنها البخاري ــ رحمه الله ــ: (أكثر طرقاً وأصح عندي)[٥]، ولأن تأويل الاشتراط بالعارية والهبة احتمال لا دليل عليه، بل إن الدليل يخالف هذا التأويل حيث صُرح في الحديث بالاشتراط قال جابر رضي الله عنه (فاستثنيت حملانه إلى أهلي) وفي الرواية الأخرى: (شرط ظهره إلى المدينة)[٦].

ومثل ذلك الخلاف في معنى حديث (لا شرطان في بيع)[٧] (ونهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعه)[٨]

٤- اختلافهم في الأصول والمصادر الفقهية فمن توسع في اعتبار العرف كالحنفية وجدوا فيه مخرجاً عن إفساد كثير من الشروط التي يشملها حديث

---

(1) انظر ص٩٨ وص٨٤.

(2) وهنالك اعتراضات أخرى ذكرها من لم يستدل بحديث جابر على جواز اشتراط المنفعة لكنها في الجملة اعتراضات ضعيفة وليس المجال مجال بسطها انظر في هذه الاعتراضات المجموع للنووي ٤٦٥/٩ وفتح الباري لابن حجر ٦٥٧/٥وشرح معاني الآثار للطحاوي ٤٢/٤ والمنفعة والانتفاع لعبد الله محمد ص١٦٨.

(3) انظر ص٩٥.

(4) انظر ص٧٧.

(5) صحيح البخاري ومعه فتح الباري ٦٥٧/٥.

(6) سبق تخرجه انظر ص٨٤.

(7) سبق تخريجه انظر ص٧٨-١٠٣.

(8) سبق تخريجه انظر ص٧٩.

(النهي عن بيع وشرط) خلافاً للشافعية الذين أدى عدم اعتبارهم للعرف هنا مع أخذهم بحديث النهي عن بيع وشرط إلى أن كانوا أقل المذاهب الأربعة تصحيحاً للشروط.

هذه بعض أبرز أسباب الاختلاف في الشروط المقترنة بالعقد بين المذاهب الأربعة وهي تظهر أن الخلاف لا يعود إلى اختلاف الأصل بينهم وإنما يعود إلى أسباب الاختلاف الفقهي عموماً.

وبهذا يتلخص أن المذاهب الأربعة على أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الصحة إلا ما جاء الدليل بتحريمه خلافاً للظاهرية.

المطلب الثاني: الأصل في الشروط المقترنة بالعقد:

لا خلاف بين العلماء في فساد ما دل الدليل على فساده من الشروط كما لا خلاف بينهم في صحة ما جاء الدليل بصحته من الشروط.

لكن محل النزاع هو المسكوت عنه، كالمستحدث من الشروط السالم من المعاني المحرمة كالغرر، والربا، والميسر وقد اختلف العلماء في ذلك على قولين:

الأول: هو جواز تلك الشروط وصحتها وهو قول جمهور العلماء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة[١] فالأصل عندهم في الشروط المقترنة بالعقد هو الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه وفساده.

---

[1] وقد سبق أن عرضت المسألة، والأدلة على رجحان ما ذهبت إليه من أن الأصل في الشروط عند المذاهب الأربعة الإباحة وذلك في المطلب الماضي وكان من أبرز الأدلة أن الأصل عندهم في المعاملات والعقود الإباحة، والشروط ما هي إلا عقود ومعاملات ولا فرق. انظر ص١٠٩ وما بعدها =

ومن أبرز أدلتهم على ذلك ما يلي:

١- حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ :(الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً)[١]

وجه الاستدلال:

أن الحديث جاء بتخصيص المحرم من الشروط بما أحل حراماً، أو حرم حلالاً، ويبقى ما عدا ذلك جائزاً، فإن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله فإن شرطه حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله، وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً ، ولا حراماً، وعدم الإيجاب ليس نفياً للإيجاب حتى يكون العاقد، والمشترط مناقضاً للشرع[٢]

٢- عن عقبة بن عامر ــ رضي الله عنه ــ قال: قال رسول الله ﷺ: (أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج)[٣]

وجه الاستدلال:

أن الحديث دل على استحقاق الشروط بالوفاء، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء... فلو كان الأصل في الشروط الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم

= وسأعرض لمسألة الأصل في العقود عند الحديث عن مدى حرية العاقدين في إنشاء العقود وذلك في الفصل الأول من الباب الثالث.

(1) سبق تخريجه انظر ص٩٩-١٠٠.

(2) انظر مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٤٧/٢٩-١٤٨.

(3) أخرجه البخاري في كتاب الشروط باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح. صحيح البخاري ومعه فتح الباري ٦٦٧/٥، ومسلم في كتاب النكاح باب الوفاء بالشرط في النكاح. صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠١/٩.

يجز أن يؤمر بالوفاء بها مطلقاً ويذم من نقضها مطلقاً، كما أن قتل النفس لما كان الأصل فيها الحظر إلا ما أباحه الشارع أو أوجبه لم يجز أن يؤمر بقتل النفوس، ويحمل على القدر المباح، أو الواجب[١]

٣- ما جاء عن عمر بن الخطاب ــ رضي الله عنه ــ أن رجلاً تزوج امرأة وشرط عند نكاحها ألا ينقلها من بلدها، ثم أراد أن ينقلها، فأبت عليه ذلك، تمسكاً بما شرط لها، فقضى عمر ــ رضي الله عنه ــ على الرجل وألزمه ألا ينقلها من بلدها، عملاً بما شرط على نفسه حيث قال: (فلها شرطها) فقال الرجل: إذاً يطلقننا فقال عمر رضي الله عنه:(إن مقاطع الحقوق عند الشروط ولها ما اشترطت)[٢]

وجه الاستدلال:

أن عمر ــ رضي الله عنه ــ بين أن الشرط يوجب ما لم يكن واجباً، أو حراماً فيجب الوفاء به مطلقاً إلا ما خص بالدليل ذلك أن عمر ــ رضي الله عنه ــ لم يستدل على وجوب الوفاء بهذا الشرط، بل ألزم الرجل به مما يدل على أن الأصل في الشروط الإباحة لا التحريم[٣] .

٤- أن الشروط من باب العادات لا العبادات ، والأصل في المعاملات الجواز والصحة حتى يدل الدليل على التحريم وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَقَدۡ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ ﴾[٤] وهذا عام في الأعيان والأفعال وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة ، لان الفساد إنما ينشأ من التحريم وإذا لم تكن فاسدة

---

[1] انظر مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٤٥/٢٩

[2] ذكره البخاري في كتاب النكاح باب الشروط في النكاح صحيح البخاري ومعه فتح الباري ٢٧٢/١٠.

[3] انظر مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٤٩/٢٩-١٥٠.

[4] سورة الأنعام الآية: (١١٩)

كانت صحيحة فانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم فثبت بالاستصحاب العقلي، وانتفاء الدليل الشرعي عدم تحريم الشروط[١] .

ونوقشت أدلة القول الأول بما يلي:

١- أما الدليل الأول وهو حديث أبي هريرة فنوقش من وجهين:

أ- أنه لا يصح من طرقه شيء[٢] .

ب- ولو صح لكان حجة للقول بأن الأصل في الشروط المقترنة التحريم، لأن فيه إضافة النبي ﷺ الشروط إلى المسلمين، ولا شروط للمسلمين إلا الشروط التي أباح الله تعالى في القرآن أو السنة[٣]

وأجيب عن هذه الاعتراضات بما يلي:

أ- لا يسلم عدم صحة الحديث بل الحديث صحيح وسبق أن نقلت تصحيح العلماء له[٤] .

ب- وأما أن الشروط الصحيحة مقصورة على ما أباحه الله بنص القرآن والسنة فهذا محل النزاع فلا يسلم به، بل المباح ما لم يرد الدليل بتحريمه أي ما دلت الأدلة العامة على إباحته ولا يلزم نص القرآن أو السنة أو الإجماع وإلا لتعطلت الشريعة.

٢- ونوقش الحديث الثاني وأثر عمر ــ رضي الله عنه ــ بما يلي: أن المقصود بالشروط فيهما ما جاء النص، أو الإجماع بإباحته فحينئذٍ يلزم الوفاء به بالشرط[٥] .

---

(1) انظر مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٥٠/٢٩

(2) انظر الإحكام لابن حزم ٢٤/٥

(3) انظر الإحكام لابن حزم ٢٤/٥

(4) انظر ص١٠٠ .

(5) انظر الإحكام لابن حزم ٢٣/٥.

وأجيب عنه:

بأن هذا تخصيص دون مخصص، بل هذا احتجاج بمحل النزاع فلا يسلم به.

القول الثاني: هو عدم صحة تلك الشروط وهو قول الظاهرية[١] فالأصل عندهم في الشروط المقترنة بالعقد هو الفساد والحظر والبطلان إلا ما جاء الدليل بإباحته.

ومن أبرز أدلتهم على ذلك ما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿ ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ ﴾[٢]

وجه الاستدلال:

دلت الآية على أن من أحدث شرطاً لم ينص على جوازه فقد طعن في كمال الدين وزاد فيه، وتعد حدود الله.[٣]

٢- عن عائشة ــ رضي الله عنها ــ أن النبي ﷺ قال: (ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق)[٤]

وجه الاستدلال:

هذا دليل على إبطال كل شرط لم ينص على جوازه بالكتاب أو السنة أو الإجماع[٥]

ونوقشت أدلة القول الثاني بما يلي:

---

[1] انظر ص١٠٧.

[2] سورة المائدة الآية:(٣).

[3] انظر الإحكام لابن حزم ١٤/٥.

[4] سبق تخريجه انظر ص٩٠ .

[5] انظر المحلى لابن حزم ٣٢٠/٧، والإحكام لابن حزم ١٥/٥.

أما الدليل الأول وهو الآية فنوقش الاستدلال بها:

بأنه لا يسلم أن اشتراط شروط لم ينص عليها طعن في كمال الدين وذلك لما يلي:

١- أن الشريعة دلت على إباحة هذه الشروط التي لم يرد الدليل بإباحتها نصاً، وذلك بالأدلة العامة، والقواعد الشرعية، والأصول القطعية.

٢- أن كمال الدين ليس فقط بالنص من القرآن والسنة على كل واقعة هذا يكذبه الواقع. وإنما بالنص، وبما وضعه الشارع من طرق للاستنباط من النصوص، والقياس عليها، وبما شرعه من الأصول، والقواعد، والمصالح المرعية التي لا يخرج عنها شيء من الوقائع، والنوازل لذلك يذكر الرازي في تفسير قوله تعالى: ﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ﴾[١] أن كمال الدين يكمن في نصوصه العامة التي تضبط جميع الوقائع الموجودة، والحادثة نصاً، أو استنباطاً وذلك، لأن الوقائع قسمان: قسم نص الشرع على أحكامه صراحة، والآخر لم ينص على حكمه لكنه يفهم حكمه استنباطاً، وقياساً على القسم الأول[٢] .

أما الدليل الثاني وهو الحديث فناقشه ابن القيم بما يلي:

(وأما معارضتها بما ذكرتم، فليس بحمد الله بينها وبينه تعارض وهذا إنما يعرف بعد معرفة المراد بكتاب الله في قوله: (ما كان من شرط ليس في كتاب الله) ومعلوم أنه ليس المراد به القرآن قطعاً فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن، بل علمت من السنة، فعلم أن المراد بكتاب الله حكمه كقوله

---

(1) سورة المائدة الآية (٣)

(2) انظر التفسير الكبير للرازي ٣٥٨/٣

تعالى ﴿ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡۚ ﴾[١] فكتابه سبحانه يطلق على كلامه وعلى حكمه الذي حكم به على لسان رسوله، ومعلوم أن كل شرط ليس في حكم الله فهو مخالف له فيكون باطلاً فإذا كان الله ورسوله ﷺ قد حكم بأن الولاء للمعتق، فشرط خلاف ذلك يكون مخالفاً لحكم الله. ولكن أين في هذا أن ما سكت عن تحريمه من الشروط يكون باطلاً حراماً)[٢]

والراجح ــ والله أعلم ــ، هو القول الأول وهو أن الأصل في الشروط الإباحة إلا ما جاء الدليل بتحريمه وذلك لقوة أدلتهم ولضعف دلالة أدلة القول الثاني على مرادهم، وقد رد ابن القيم ــ رحمه الله ــ على أصحاب القول الثاني وبين ضعفه حيث قال: (فأفسدوا بذلك ــ أي الظاهرية ــ بقولهم بأن الأصل المنع كثيراً من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم بلا برهان من الله بناء على هذا الأصل. وجمهور الفقهاء على خلافه وأن الأصل في العقود والشروط الصحة، إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح، فإن الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثيم ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله، ولا تأثيم إلا ما أثم الله ورسوله به فاعله، كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله، ولا حرام إلا ما حرمه الله، ولا دين إلا ما شرعه، فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود، والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم.

والفرق بينهما أن الله سبحانه لا يعبد إلا بما شرعه على ألسنة رسله فإن العبادة حقه على عباده وحقه الذي أحقه هو ورضي به وشرعه، وأما العقود

[1] سورة النساء الآية: (٢٤)

[2] إعلام الموقعين لابن القيم ٤٢٩/١

والشروط والمعاملات فهي عفو حتى يحرمها ولهذا نعى الله سبحانه على المشركين مخالفة هذين الأصليين، وهو تحريم ما لم يحرمه والتقرب إليه بما لم يشرعه. وهو سبحانه لو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه لكان ذلك عفواً لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله فإن الحلال ما أحله الله والحرام ما حرمه، وما سكت عنه فهو عفو فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها فإنه سكت عنها رحمة منه من غير نسيان وإهمال فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرمه)[١] .

وقد عاب ابن حجر ـ رحمه الله ـ على ابن حزم جموده في هذه المسألة[٢]. فإذا ظهر رجحان القول بأن الأصل في الشروط الإباحة إلا ما جاء الدليل بتحريمه فهل يحكم على الشـــرط الجزائي بالإباحة استناداً إلى هذا الأصل ؟ لأن الشرط الجزائي لم يعرف بمعناه ولا اسمه ، أم لابد من البحث في معناه وطبيعته وكيفيته، لأن عدم إتيان الدليل بتحريمه نصاً لا يعني إباحته، لأنه قد يكون مشتملاً على معنى محرم جاءت الأدلة بتحريمه. هذا الأمر سيكون مدار البحث في المطلب التالي.

المطلب الثالث: أثر الأصل في الشروط المقترنة في الحكم على الشرط الجزائي

ذهب كثير من المتأخرين إلى جواز الشرط الجزائي استناداً إلى أن الأصل في الشروط الإباحة إلا ما دل الدليل على حرمته[٣] والشرط الجزائي لم يأت الدليل بحرمته نصاً فهو جائز.

---

(1) إعلام الموقعين لابن القيم ٤٢٤/١- ٤٢٥

(2) انظر فتح الباري لابن حجر ٦٨/٥

(3) انظر قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في الشرط الجزائي مجلة البحوث الإسلامية العدد الثاني ص١٤٠، الشرط الجزائي للشهري ص١٦٤، والشروط المقترنة بالعقد للثميري =

بل تعدى بعضهم ذلك ونسب القول بإباحة الشرط الجزائي إلى المذاهب الأربعة وخرجه قولاً لهم بناء على أقوالهم في الشروط(١)

وعند التحقيق يتبين أن الشرط الجزائي لم يعرف عند العلماء السابقين في الجملة لا اسماً ولا معنى حتى يمكننا تخريج قول لهم فيه. ثم إن الحكم على الشرط الجزائي قبل معرفة طبيعته وكيفيته ومعناه استناداً إلى مجرد الأصل قد يوقع في خطأ في الحكم ناتج عن خطأ في طريقة الاستدلال إذ قد يتبين في الشرط الجزائي بعد فهم طبيعته معان تؤدي إلى تحريمه فيكون حراماً لدلالة الدليل المحرم وهذا يتماشى مع الأصل الراجح في الشروط وهو الإباحة إلا ما دل الدليل على حرمته.

والمقصود هو منهج الاستدلال في الحكم على الشرط الجزائي فلا ينبغي الحكم عليه استناداً إلى مجرد الأصل، لأنه لا يعني عدم النص على تحريم الشرط باسمه إباحته إذ قد يكون محرماً لتضمنه المعاني المحرمة المنصوص عليها كالغرر، والربا والجهالة وغير ذلك. ولا يلزم أن يسمى بيع غرر حتى يحرم أو ربا حتى يحرم كالفوائد البنكية فهي محرمة لكونها ربا ولا يرد عليها عدم تسميتها ربا، وبيع الغرر محرم ولو سمي بغير ذلك.

= ص٦٤ وما بعدها، والشرط الجزائي للسالوس أحد البحوث المقدمة للمجمع في دورته الثانية عشرة ص٤٦ والشرط الجزائي للضرير أحد البحوث المقدمة للمجمع في دورته الثانية عشرة ص١٠ والشرط الجزائي لناجي عجم ــ أحد البحوث المقدمة للمجمع ص١٨ والشرط الجزائي للرويشد ص٥٩٠ وما بعدها.

(١) الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله للحموي ص١٢٢-١٣٠ – ١٥٠ والشرط الجزائي لناجي عجم ــ أحد البحوث المقدمة للمجمع ص١٨، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص١٦٤.

وهذا المعنى هو الذي وضحه شيخ الإسلام وأكده حيث يقول: (فإذا ظهر أن لعدم تحريم العقود، والشروط جملة وصحتها أصلين الأدلة الشرعية العامة، والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب، وانتفاء المحرم. فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة ــ أي الأصل في العقود والشروط الإباحة ــ في أنواع المسائل، وأعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع، أو المسألة هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضى التحريم، أم لا؟)[١]

وبناء على ما سبق أقول لا يحكم على الشرط الجزائي استناداً إلى مجرد الأصل في الشروط فقط، بل لابد من معرفة طبيعته وكيفيته قبل ذلك ليحكم عليه انطلاقاً من وضوح معناه لا من جهل به وهذا هو مدار البحث في الفصل التالي.

---

[1] مجموع الفتاوى ١٦٤/٢٩ – ١٦٦ والفتاوى الكبرى ٩٩/٤.

الفصل الثالث

طبيعة الشرط الجزائي

وتكييفه الفقهي

ويشتمل على سبعة مباحث هي ما يلي:

المبحث الأول: المعاني التي يتضمنها الشرط الجزائي.

المبحث الثاني: الضمان والشرط الجزائي.

المبحث الثالث: الكفالة والشرط الجزائي.

المبحث الرابع: الرهن والشرط الجزائي.

المبحث الخامس: العربون والشرط الجزائي.

المبحث السادس: العقوبة بالتعزير المالي والشرط الجزائي.

المبحث السابع: الرأي المختار في التكييف الفقهي للشرط الجزائي.

الفصل الثالث

طبيعة الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي

الحكم على الشيء فرع عن فهم طبيعة ذلك الشيء وكيفيته، لهذا عقدت هذا الفصل لبيان طبيعة الشرط الجزائي، وكيفيته الفقهية وقد سبقت الإشارة إلى أن القانونيين اختلفوا في طبيعة الشرط الجزائي القانونية إلى خمسة آراء[١]. أجملها في الآتي:

١- أنه عقوبة خاصة فيستحق بمجرد الإخلال دون النظر إلى الضرر.

٢- (أنه تعويض اتفاقي، احتمالي جزافي عن الضرر المحتمل له بعض آثار العقوبة) فيستحق عند وقوع الضرر ويجوز أن يزيد التعويض عن الضرر وأن ينقص لكن في حالة الزيادة الفاحشة يحق للقاضي تعديله عند طلب المتضرر وهذا الذي عليه القانون المصري وأغلب القوانين والأنظمة العربية.

٣- أنه تعويض اتفاقي احتمالي عن الضرر المحتمل ومساوٍ له وهنا يجوز للقاضي التدخل عند الزيادة لتعديله ليساوي الضرر وبه أخذ القانون الأردني، والإماراتي فقط مع التنبيه على أن الضرر الذي يستحق به الشرط الجزائي يشمل الضرر الأدبي[٢].

---

[1] انظر ص٢٣-٢٤ .

[2] سيأتي بيان معنى الضرر الأدبي وحكم التعويض عنه في الفصل التالي.

٤- أنه مجرد اتفاق على التعويض لا علاقة له بالــضرر فيجــوز أن يزيــد وينقص ويستحق بمجرد الإخلال دون نظر للضرر وعليه القضاء اللبناني.

٥- أنه تأمين فيستحق بمجرد الإخلال ولو انعدم الضرر والخطأ بل حتى فــي حالة العذر الطارئ.

ولعل أقربها إلى العدل، ومن ثم إلى الشريعة المطهرة هو القول بأنــه: تقدير جزافي للتعويض الذي يجب تعديله ليساوي الضرر حين وقوعه وهو وإن وجه له نقد شديد من قبل القانونيين[١] ، لأنه يجعل الشرط الجزائي عديم الفائدة والجدوى إذ لا فرق بينه، وبين التعويض القضائي لأنه يعطي القاضــي حــق التدخل للتعديل للوصول إلى المساواة لكنه مع ذلك يظل أقرب الأقوال إلى عدل الشريعة أما غيره من الآراء فهي بعيدة عن شريعة الله الطاهرة المنزهة عــن كل حيف وجور.

فالقول بأنه تأمين[٢] على الصفة المذكورة يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، والغرر والجهالة والقمار والميسر والربا، والظلم الصريح فهو يستحق حتى في حالة العذر الطارئ[٣] .

وكذا القول بأنه مجرد اتفاق مبني على الحرية المطلقة فهو ظلم صريح تأبــاه العقول السليمة وهذا ما جعل القوانين الوضعية تتخبط بين مبدأ الحرية المطلقة، وبين ما يؤدي إليه من نتائج ظالمة يسحق الأغنياء بموجبها الفقراء وهذا راجع إلى قصور العقل البشري المحدود والنسبي.

---

(1) انظر الشرط الجزائي للرويشد ص٧٩.

(2) انظر في تحريم التأمين القرار الخامس للمجمع الفقهي التابع للرابطة في الدورة الأولى ١٣٩٨هـــ انظر القرارات ص٣١، وما بعدها، وانظر القرار رقم ٩(٢/٩) للمجمع الفقهي التابع للمؤتمر الإسلامي في دورته الثانية ١٤٠٦هـــ، انظر قرارات المجمع ص٢٠-٢١.

(3) سيأتي بيان معنى الأعذار الطارئة وأثرها في الفصل الثالث من الباب الثاني.

وأما القول بأنه عقوبة محضة فقول يعود إلى قانون الرومان الوحشي الذي يعطي الأقوى حق معاقبة الأضعف دون رادع. مع التذكير بأن العقوبة في شرع الله هي حق أعطاه الله للحاكم لا لسواه من عامة الأمة، لأنه المكلف والمؤتمن على ذلك للوصول إلى العدل المنشود حتى لا تقع الأمة في الفوضى والاضطراب لو أعطي هذا الحق للجميع.

وأما القول بأنه تعويض له بعض آثار العقوبة فقول مضطرب يؤدي إلى الخلط، والوقوع في الظلم فهو قول يراد به عدم ترك مبدأ الحرية المطلقة تماماً، وكذلك عدم الوقوع في ظلم الأقوى للأضعف وهذا يؤدي إلى الاضطراب، وكثرة النزاع والمطالبات بدلاً من حلها إذ أنه أعطى القاضي حق التعديل في حالة الزيادة الفاحشة فقط وفي مقدار الزيادة في فحشها من عدمه سيقع النزاع والشقاق، ثم من له الحق في إعطاء المتضرر تعويضاً أكثر من حقه؟[1] ثم إن القول بأن فيه عقوبة[2] يبطل هذا التكييف في الشرع المطهر.

وسأقوم في هذا الفصل ببيان المعاني التي يتضمنها الشرط الجزائي ويشترك فيها مع بعض المعاملات الفقهية، ثم دراسة علاقة الشرط الجزائي بهذه المعاملات للتوصل إلى كيفيته الفقهية وهل هو معروف في الفقه الإسلامي بمعناه؟ حتى يمكن إلحاقه بمعاملة معينة للتوصل من خلال ذلك إلى حكمه، أو أنه معاملة مستحدثة كلياً تتضمن أصولاً ومعان معروفة فقهياً، وأصولاً ومعان غير معروفة.

---

(1) سيأتي الجواب عن هذا السؤال في الفصل التالي والمخصص للتعويض عن الضرر.

(2) سأعرض في المبحث السادس من هذا الفصل إلى العلاقة بين العقوبة والشرط الجزائي، وأن القول بأنه عقوبة يجعله حراماً دون شك.

المبحث الأول: المعاني التي يتضمنها الشرط الجزائي

والمقصود بهذا المبحث إظهار أبرز معاني الشرط الجزائي التي يرجع إليها والتي يشترك فيها مع بعض المعاملات الفقهية للتوصل إلى كيفيته الفقهية ومن ثم لحكمه. ولا يفهم من هذا الفصل القطع بجوازه أو حرمته.

المطلب الأول: الشرط الجزائي، ومعنى الالتزام:

الالتزام لغة: الاعتناق، والمصاحبة الدائمة يقال: التزم المال فلزمه وجب عليه[١].

والالتزام شيء غير الإلزام إذ الالتزام فيه مبادرة من الملتزم، والإلزام يكون من جهة أخرى غير الملتزم نفسه.[٢]

والالتزام في الاصطلاح: إيجاب المرء على نفسه فعلاً غير واجب[٣] ولا محرم في الشرع)[٤].

---

[1] انظر لسان العرب لابن منظور ٥٤١/١٢-٥٤٢، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٤٩٤، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٤٥/٥، والمصباح المنير للفيومي ص٢١١.

[2] انظر المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني ص٤٥٠.

[3] لأنه إذا كان واجباً كان إلزاماً وليس التزاماً.

[4] انظر إنشاء الالتزام في حقوق العباد للغزالي ص٤٨ وانظر في تعريف الالتزام تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص٦٨، والمدخل الفقهي العام للزرقا ٥١٤/١، وضوابط العقد في الفقه الإسلامي للتركماني ص٢٧، والالتزامات لأحمد إبراهيم ص٢١، وضوابط العقود للبعلي ص٦١ والمدخل لدراسة الشريعة لزيدان ص٢٤٠، والمدخل للفقه الإسلامي لمحمد سلام مدكور ص٥٠٨-٥٠٩.

والشرط الجزائي كغيره من الشروط هو التزام لغة حيث من معـــاني الـــشرط الالتزام[١]، وكذلك معنى الالتزام لغة يشمل الشرط المقترن بالعقد عمومـــاً ــ ومنه الشرط الجزائي ــ لأنه ألزم نفسه بما ليس بلا زم فالشرط المقترن بالعقد إذا وقع صحيحاً وجب الوفاء به[٢] لقوله ﷺ (المسلمون علـــى شـــروطهم إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً)[٣] وبهذا يتبين أن من المعـــاني الأصـــلية للشرط الجزائي معنى الالتزام[٤] لغة، ولم أقل اصطلاحاً، لأنني إذا قلته حكمت على الشرط الجزائي بالصحة قبل أوانه.

المطلب الثاني: الشرط الجزائي ومعنى التعويض:

إن أهم خصائص الشرط الجزائي، ومعانيه التي وضـــع لتحقيقهـــا تعـــويض المشترط[٥] عن الأضرار المحتملة عند إخلال الطرف الآخر، بل صرح بعض القانونيين بأن وظيفة الشرط الجزائي تعويضية بحته[٦].

---

[1] انظر ص ٣٤ .

[2] انظر إعلام الموقعين لابن القيم ٤٨٦/٣-٤٨٧، والشروط الجعلية للحكمي ص٦٥ وما بعدها.

[3] سبق تخريجه انظر ص٩٩-١٠٠ .

[4] وعند تدقيق النظر يمكن أن يقال: أن الشرط الجزائي هو أثر للالتزام، لأنه ليس مقصوداً بعينه وإنما هو نتيجة لعدم تنفيذ الالتزام الأصلي فهو عوض عن عدم تنفيذ الالتزام الأصلي فالشروط الأخرى قد تكون مقصودة ومرغوب فيها كصفة معينة في المبيع مثلاً كأن تكون السيارة جديدة فهذا مقصود بالعقد خلافاً للشرط الجزائي فهو غير مقصود بذاته ولا يجيز القانون التخيير بينه وبين الالتزام الأصلي. انظر الوسيط للسنهوري ٨٦١/٢ .

[5] هذا عند من اعتبر الشرط الجزائي تعويضاً عن الضرر أما من اعتبره تأميناً، أو اتفاقاً، أو عقوبة فلا مدخل له هنا ويكون الشرط الجزائي بناءً على هذه الآراء بعيداً كل البعد عن معنى التعويض وقد بينت في أول الفصل ضعف هذه الآراء في الشريعة.

[6] انظر تعويض الضرر لأبي الليل ص٣٩٩، والبند الجزائي في القانون المقارن لناصيف ص٣٦، والنظرية العامة للالتزام لتوفيق فرج ٣٩/٢، وأصول الالتزام في القانون المدني الكويتي لبدر اليعقوب ص٣٥٢-٣٥٣، والكامل لموريس نخلة ص٨٢ وتقدير التعويض لمحمود دسوقي ص٣٠٤. وموسوعة العقود لناصيف ٢٨٠/٤ والوسيط للسنهوري ٨٥١/١-٨٦١، والتعويض المدني لقزمان ص١٠٦، والوافي لمرقس ١٧٩/٤، والشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري لنجاري عبد الله ص٧٦.

والتعويض هو المعنى الأول والأبرز من معاني الشرط الجزائي ـــ عند من قال بأن طبيعة الشرط الجزائي تعويضية.

ولأهمية هذا المعنى في الشرط الجزائي[١] جعلت الفصل الأول من الباب الثاني التالي لهذا الفصل عن التعويض عن الضرر في الفقه وسيكون الكلام فيه شاملاً لمعنى التعويض عن الضرر، وبعض أحكامه التي لها علاقة بالشرط الجزائي لهذا لن أتحدث هنا عن معنى التعويض وعلاقته بالشرط الجزائي اكتفاءً بما سأبينه في مكانه الموضح أعلاه ويكفي هنا الإشارة إلى أهمية معنى التعويض في الشرط الجزائي.

المطلب الثالث: الشرط الجزائي، ومعنى التوثيق:

التوثيق لغة: العهد، والائتمان، والإحكام، والشد يقال: واثق الرجل الرجل عاهده، ووثق به يثق بمعنى ائتمنه[٢]. والتوثيق اصطلاحاً: عرف بأنه: (الأمر الذي يحصل به التقوي على الوصول للحق)[٣].

وقيل: عبارة عن مجموعة من الوسائل التي تؤدي إلى استيفاء الحق عند تعذره من المدين، أو إثباته في ذمته عند الإنكار)[٤] ولعل التعريف الأول أقرب إلى معنى الشرط الجزائي.

---

(1) وهذا ما جعل كثير من القانونيين يطلق عليه اسم التعويض الاتفاقي انظر الوسيط للسنهوري ٨٠١/٢، والوافي لمرقس ١٧٧/٤، والتعويض المدني لقزمان ص١٠٥، وتقدير التعويض لمحمود دسوقي ص٣٠٣، والنظرية العامة للالتزام لتوفيق حسن فرج ٣٩/٢، وأصول الالتزام في القانون المدني الكويتي لبدر اليعقوب ص٣٥٢، والشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) للدرادكه وغيرهم.

(2) انظر معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٨٥/٦، ولسان العرب لابن منظور ٣٧١/١-٣٧٢، وأساس البلاغة للزمخشري ص٤٩٢.

(3) الفتوحات الإلهية بتوضيح تفسير الجلالين للدقائق الخفية لسليمان العجيلي الشهير بالجمل ٢٣٠/١.

(4) توثيق الديون في الفقه الإسلامي للهليل ص٢٢.

لأن من معاني الشرط الجزائي وفوائده المقصودة توكيد العقد وتوثيقه ، والاطمئنان إلى تنفيذ موجبه[1] بل هو يقوي على الوصول إلى استيفاء موجب العقد.

فالمورد حينما يعلم أنه سيدفع مبلغاً معيناً عن كل يوم يتأخر فيه عن توريد البضاعة في الوقت المحدد فإن هذا سيدفعه إلى تنفيذ الاتفاق في وقته المحدد وهو كذلك يعطي المشترط الطمأنينة والثقة في تنفيذ الاتفاق عند إبرام العقد. والدائن كذلك يثق في تسديد المدين دينه، لأنه يعلم أن تأخره سيؤدي إلى إضافة قيمة الشرط الجزائي إلى الدين فضرره بتأخر المدين سيجبر بقيمة الشرط الجزائي[2] هذا هو وجه التوثيق في الشرط الجزائي والمعنى التوثيقي في الشرط الجزائي يأتي في مرتبة متأخرة عن المعنى الرئيسي وهو التعويض.

وأنبه هنا أن التوثيق في الشرط الجزائي هو بمعناه اللغوي والاصطلاحي العام لا في اصطلاح الفقهاء لعدم معرفتهم للشرط الجزائي، وكذلك لأن التوثيق يقصد به عندهم توثيق الحق بوثيقة معينة إما باستيفائه من عين كالرهن ، أو ذمة كالكفالة، أو إثباته بالشهادة، والكتابة[3] أما الشرط الجزائي فليس وثيقة يستوفى منها الدين أو يثبت به وإنما هو مجرد التزام المشترط عليه بالتعويض عند الإخلال وهذا يؤدي إلى ثقة المشترط واطمئنانه إلى تنفيذ العقد في وقته المحدد وبالشكل المحدد.

---

(1) انظر الشرط الجزائي للرويشد ص٥٨، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص١٦١ والبند الجزائي لناصيف ص١١، وتعويض الضرر لأبي الليل ص٣٩٣، والبند الجزائي للمهتار ص٥٠-٥١، والشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص١٥.

(2) هذه الصورة من الشرط الجزائي لاشك في حرمتها لأنها تؤدي إلى ربا النسيئة لكنني هنا لا أتحدث عن الحكم وإنما عن المعاني العامة التي يتضمنها الشرط الجزائي.

(3) انظر توثيق الديون للهليل ص٢٢ وما بعدها.

المبحث الثاني: الضمان والشرط الجزائي

المطلب الأول: معنى الضمان، وأسبابه:

الضمان لغة: يطلق على الالتزام، والكفالة، والغرامة يقال: ضمن الشيء وبه ضماناً أي كفل به، وضمَّنه الشي تضميناً أي غرّمه إياه فالتزمه.[١]

والضامن: الكفيل، أو الملتزم، أو الغارم.[٢]

والضمان في الاصطلاح: يطلق الضمان عند الفقهاء على أكثر من معنى[٣] لكنه يعرف بمعناه الأعم والأشمل عندهم بأنه: (شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل إن تحقق شرط طلبه)[٤].

---

(1) انظر لسان العرب لابن منظور ٢٠٧/١٣، ومختار الصحاح للرازي ص٣٨٤ والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٥٦٤.

(2) انظر المعجم الوسيط لإبراهيم أنيس ٤٦/١، ومعجم متن اللغة لأحمد رضا ٥٦٦/٣.

(3) يطلق جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة لفظ الضمان ــ بالإضافة إلى المعنى العام ــ على الكفالة بنوعيها المالي، والبدني ويرون أن لفظ الضمان والكفالة مترادفان. كذلك شاع عند الشافعية والحنابلة إطلاق لفظ الضمان على الكفالة المالية، وقصر لفظ الكفالة على البدنية أي كفالة إحضار البدن. وأما الحنفية فيطلقون الكفالة على ما كان فيه الضمان بموجب العقد وتشمل كفالة المال وكفالة النفس (البدن)، وأما الضمان فيطلقونه على ما هو أعم فيشمل الضمان بالعقد وغير العقد فهم عند التبويب يعنونون بالكفالة للنوعين البدنية (الشخصية) والمالية انظر في كل ما سبق إلى المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٢٣٠/٢ والقوانين الفقهية لابن جزي ص٣٢٠، والمغني لابن قدامة ٧١/٧، ومنتهى الإرادات لابن النجار الفتوحي ٤٢٦/٢، والكافي لابن قدامة ٢٩٧/٣، والمجموع للنووي ١٣٩/١٣، ومغني المحتاج ١٩٨/٢، والتنبيه للشيرازي ص١٠٥، واللباب للميداني ١٥٢/٢، والاختيار للموصلي ١٦٦/٢، وفتح القدير على الهداية لابن الهمام ١٦٢/٧، والبناية للعيني ٥٣٦/٧، وسأتبع في هذا المبحث منهج الحنفية لأنه أبعد عن الإيهام.

(4) انظر الضمان للشيخ علي الخفيف ص٥.

وعرف كذلك بأنه (شغل الذمة بحق، أو بتعويض عــن ضــرر)[١] فالــضمان بمعناه الواسع أعم من التعويض عن الضرر فهــو يــشمله وغيــره كالكفالــة بنوعيها، ورد العين المغصوبة، وضمان العقد. وأسباب الضمان[٢] أربعة هي:

١- إلزام الشارع: وهو ما أوجبه من الغرامات المالية حال المخالفة الشرعية البحتة ــ التي لا تنال العبد في شيء من حقه ــ كجزاء صــيد الحــرم، وكفارة الحنث في الأيمان[٣] وهذا ليس مراداً في هذا المبحث.

٢- الفعل الضار: وهو كل فعل حسي ترتب عليه ضرر سواء أكان قد ترتب بطريق المباشرة، أو بطريق التسبب[٤] وهو قسمان: ١- فعل ضار واقع على البدن كالقتل والجراح وهذا ليس مراداً هنا. ٢- وفعل ضار واقــع على المال كالعدوان، والإتلاف[٥] ــ وهو إخراج الشيء عن أن يكــون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة[٦].

٣- وضع اليد غير المؤتمنة[٧] سواء أكانت بغير إذن المالك كيــد الــسارق، والغاصب، أو بإذن المالك كيد البائع على المبيع قبل القبض، ومقتــرض

---

(1) انظر نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص١٤

(2) تحدث الفقهاء عن أسباب عديدة للضمان منها: الغصب والإتلاف، والعقد، ووضع اليد، والغرر، والعيب وغير ذلك انظر الفروق للقرافي ٢٠٦/٢، وبداية المجتهد لابن رشد ٣١٦/٢، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٠١/٢، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٧٨-٥٧٩، والقواعد لابن رجب ص٢١٨، لكن يمكن اختصارها في الأربعة المذكورة في المتن أعلاه.

(3) انظر نظرية الضمان لمحمد فيض الله ص٢١، ونظرية الضمان الشخصي للموسى ٣٨/١.

(4) انظر الضمان لعلي الخفيف ص٤٠.

(5) انظر نظرية الضمان لمحمد فيض الله ص٧١، والضمان للخفيف ص٤٠.

(6) انظر بدائع الصنائع للكاساني ١٦٤/٧، ونظرية الضمان الشخصي للموسى ٤١/١، وما بعدها ونظرية الضمان للزحيلي ص٦٩.

(7) أما اليد المؤتمنة كيد الوديع، وعامل المضاربة والمساقاة وغيرهم فهؤلاء لا يضمنون هلاك الشيء إلا بالتعدي، أو التفريط. انظر نظرية الضمان الشخصي للموسى ٤٧/١.

الأعيان بعد قبضها، والقابض على سوم الشراء ونحو ذلك فـإن هـؤلاء يضمنون الشيء مهما كان سبب التلف[1].

٤ - الالتزام بالعقد[2]: وهو شغل الذمة بسبب اتفاق الطـرفين المتعاقـدين لا بسبب إلزام الشارع[3].

والعقود باعتبار الضمان أربعة أنواع هي:

١ - عقد شرع لإفادة الضمان بذاته وهو الكفالة وسأفصل الحديث عنه وعـن علاقته بالشرط الجزائي في المبحث التالي.

٢ - عقود لم تشرع لإفادة الضمان، بل لأحكام أخرى كالملك والـربح ولكـن الضمان يترتب عليها باعتباره أثراً لازمـاً لأحكامهـا وتـسمى (عقـود الضمان) وهي عقود البيع والقـسمة[4] والنكـاح، والـصلح، والقـرض والعارية عند بعض الفقهاء[5] فإذا وجد عقد من هذه العقود وانتقل محـل العقد من يد إلى يد أخرى كان ذلك المحل مضموناً مطلقاً سواء هلك بفعل

---

(1) انظر نظرية الضمان الشخصي للموسى ٤٧/١.

(2) عبر بعض الفقهاء كابن رجب عن هذا السبب بالعقد فقال: (أسباب الضمان ثلاثة عقد ويد وإتلاف) القواعد ص٢١٨.

(3) نظرية الضمان لمحمد فيض الله ص٢٥.

(4) معنى القسمة: تعيين نصيب كل شريك في مشاع ولو كان باختصاص تصرف. بلغة السالك لأقرب المسالك لأحمد الصاوي ٤١٨/٣.

(5) وهم الشافعية والحنابلة فإذا تلفت في يد المستعير ضمنها بقيمتها يوم تلفها إن كانت قيمية سواء كان تلفها بتعد أو تفريط من المستعير أم لا. انظر المغني لابن قدامة ٣٤١/٧، وتكملة المجموع للمطيعي ٤٦/١٥-٤٧.

وأما الحنفية فالعارية عندهم أمانة لا يضمنها المستعير إلا بتعد أو تفريط. انظر تبيين الحقائق للزيلعي ٨٤/٥، وذهب المالكية إلى أن ما كان منها مما يغاب عنه ويخفى هلاكه كالثياب والأثمان ضمن، وما كان مما لا يخفى هلاكه كالدواب والحيوان لم يضمن. انظر أسهل المدارك للكشناوي ٣٠/٣.

الشخص القابض، أو بفعل أجنبي، أو آفة سماوية فعقود الضمان باختصار هي: التي يترتب عليها الضمان بالقبض عند التلف[١].

٣- عقود أمانة لا يترتب عليها الضمان بالتلف بمجرد القبض، وإنما بالتعدي من القابض، أو التقصير منه في الحفظ وهي عقود الوديعة، والوكالة، والشركة، والوصية، والهبة[٢].

٤- عقود في أصلها أمانة ويترتب عليها الضمان في بعض الحالات فتكون عقوداً مزوجة الأثر وهي الإجارة، والرهن[٣].

المطلب الثاني: علاقة الضمان بالشرط الجزائي:

أولاً: (ضمان الفعل الضار)[٤] يشبه ضمان الفعل الضار الشرط الجزائي في أمور ويختلف معه في أمور أخرى.

فيتفقان في أن كلاً منهما تعويض عن الضرر على القول الذي رجحته بأن الشرط الجزائي تعويض عن الضرر.

ولكنهما يختلفان في أمور منها ما يلي:

١- أن التعويض في الشرط الجزائي ناتج عن التزام تابع في العقد خلافاً لضمان الفعل الضار فهو ناتج عن العدوان والإتلاف.

---

(1) انظر نظرية الضمان الشخصي للموسى ٥٤/١، ونظرية الضمان لمحمد فيض الله ص٢٥.

(2) انظر نظرية الضمان الشخصي للموسى ٧٧/١، وما بعدها ونظرية الضمان لمحمد فيض الله ص٢٥.

(3) انظر نظرية الضمان الشخصي للموسى ٩٩/١، ونظرية الضمان لمحمد فيض الله ص٢٥.

(4) يلحق بضمان الفعل الضار ضمان وضع اليد إذ الفروق بينهما وبين الشرط الجزائي متقاربة في الجملة.

٢- أن الشرط الجزائي مرتبط بالعقد خلافاً لضمان الفعل الضار فلا علاقة له بالعقد.

٣- أن الشرط الجزائي يجوز أن يزيد فيه مقدار التعويض عن الضرر وهذا الذي عليه أغلب الأنظمة والقوانين أما التعويض عن الفعل الضار فأساسه المساواة[١].

٤- التعويض في الشرط الجزائي يجوز عن الأضـــرار الماديـــة والأدبيـــة والمعنوية[٢] أما التعويض عن الفعل الضار ــ الــضمان ــ فهــو عــن الأضرار المادية فقط[٣] ولا علاقة له بالأضرار المعنوية.

٥- أن التعويض في الشرط الجزائي مقدر قبل وقوع الضرر، أما التعــويض في ضمان الفعل الضار فلا يصح تقديره قبل وقوع الضرر[٤].

٦- أن التعويض في ضمان الفعل الضار يقدره غالباً القاضي[٥] أما التعويض في الشرط الجزائي فيتفق على تقديره المتعاقدان. وبهذا يتضح عدم صحة تكييف الشرط الجزائي بضمان الفعل الضار.

ثانياً: ضمان العقد:

يشبه ضمان العقد الشرط الجزائي في المعنـــى العـــام للــضمان وفـــي ارتباطهما بالعقود ولكنهما يختلفان في أمور منها:

---

(1) انظر التعويض عن الضرر للزحيلي ص٢١، والتعويض عن الضرر لبوساق ص٢٦٣، ونظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص١٦٠-١٦١.

(2) سيأتي في الفصل التالي الحديث عن الأضرار المعنوية والأدبية.

(3) انظر التعويض عن الضرر للزحيلي ص١٢-١٣-١٥، والتعويض عن الضرر لبوساق ص١٧٧، والفعل الضار للزرقا ص١٢٤، والضمان للخفيف ص٣٨.

(4) انظر التعويض عن الضرر للزحيلي ص٢٣، والفعل الضار للزرقا ص١١٨، وما بعدها ونظرية الضمان لمحمد فيض الله ص١٦٢.

(5) انظر التعويض عن الضرر للزحيلي ص٢٢، والتعويض عن الضرر لبوساق ص٢٥٧.

١- أن الشرط الجزائي ناتج عن شرط ــ التزام تابع ــ أما ضمان العقد فهو ناتج عن العقد الأصلي فهو مستحق بدون شرط كما لو وجد عيب في السلعة فله ردها، أو أخذ الأرش بدون شرط ومثله لو اشترط صفة فبانت خلافها[١] وكذلك لو تلفت السلعة في يد المشتري فهي عليه دون شرط ولا علاقة للبائع بها. وبعبارة أخرى ضمان العقد من وضع الشارع أما الشرط الجزائي فمن وضع العاقدين.

٢- أن ضمان العقد ليس مرتبطاً بالضرر فهو ليس تعويضاً عن الضرر فالمشتري إذا قبض السلعة وتلفت فمن ضمانه هو[٢] وليس له تعويض كذلك إذا هلك المبيع قبل القبض فمن ضمان البائع ولا عبرة بالضرر[٣]، أما الشرط الجزائي فهو تعويض عن الضرر فالضرر شرط لاستحقاقه[٤].

٣- أن تقدير ضمان العقد مرتبط بقيمة العقد خلافاً للشرط الجزائي فتقديره مستقل عن العقد.

٤- ضمان العقد في أغلب أحواله لا يتأثر بالأعذار الطارئة كما لو اشترى رجل سيارة وبعد قبضها أصابها بَرَد ــ آفة سماوية ــ فضمانها عليه ولا يرجع على البائع[٥] خلافاً للشرط الجزائي الذي يؤثر عليه العذر الطارئ[٦].

---

(1) انظر حاشية ابن عابدين ٧١/٤ وحاشية الدسوقي ١١٨/٣-١١٩، والمجموع للنووي ٣٣/١١، والمغني لابن قدامة ٢٢٥/٦.

(2) انظر المغني لابن قدامة ٢٣/٦.

(3) انظر نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص٦٦، ونظرية الضمان للموسى ٥٨/١.

(4) سيأتي الحديث لاحقاً عن شروط استحقاق الشرط الجزائي في الباب التالي.

(5) انظر نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص١١٠، ونظرية الضمان الشخصي للموسى ٥٨/١.

(6) سيأتي الحديث عن أثر الأعذار الطارئة على الشرط الجزائي في الباب التالي.

٥- الشرط الجزائي من شروط استحقاقه الإخـــلال والخطـــأ ــ التعـــدي أو التفريط ــ أما ضمان العقد فلا علاقة له بذلك فالمشتري يضمن المبيع إذا تلف بعد قبضه ولو لم يحصل تعدي أو تفريط[١].

٦- أن للقاضي سلطة لتعديل الشرط الجزائي في حالة الزيادة الفاحشة خلافاً لضمان العقد الذي يستحق بمقدار ما وقع عليه التراضي في العقد[٢].

وبهذا يتبين أن الشرط الجزائي يختلف عن ضمان العقد وأن من كيفـــه كـــذلك وجوز الزيادة في مقداره نظراً إلى ذلك فقد أخطأ[٣].

---

(1) انظر نظرية الضمان للموسى ٥٨/١.

(2) انظر نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص٦٧.

(3) انظر الشرط الجزائي للحموي ص٢٢٥-٤٠٠-٤٠١.

المبحث الثالث: الكفالة والشرط الجزائي

المطلب الأول: معنى الكفالة وأقسامها:

الكفالة لغة: مصدر كَفَل بالرجل يكفُلُ ويكْفِل كَفْلاً وكُفــولاً، وكفالـــة، وتكفـــل بالشيء بمعنى ضمنه، والتزم به[1] والكافل العائل، ويكفل إنساناً أي يعوله ومنه قوله تعالى: ﴿ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾[2] أي يعولها، وينفق عليها. وكفيل وكافل، وضمين، وضامن بمعنى واحد[3].

أقسامها وتعريف كل قسم:

١- كفالة المال ــ ويطلق عليها بعض الفقهاء الضمان ــ وتعريفهـــا هـــو: (التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره)[4] وقيل: (ضم ذمة الـــضامن إلى ذمة المضمون عنه)[5].

٢- كفالة البدن. وتعريفها: التزام مكلف الإتيان بـــالغريم وقـــت الحاجـــة إليه)[6].

---

[1] انظر مختار الصحاح للرازي ص٢٦٣، ولسان العرب لابن منظور ١١/٥٨٩-٥٩٠ والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٣٦١.

[2] سورة آل عمران الآية (٤٤).

[3] انظر تاج العروس للزبيدي ٩٩/٨، والصحاح للجوهري ١٨١١/٥.

[4] الشرح الصغير للدردير مع بلغة السالك للصاوي ٢٧٢/٣، وسراج السالك شرح أسهل المسالك للجعلي ١٥٤/٢.

[5] انظر كفاية الأخيار للحسيني الشافعي ٢٧٦/١، والهداية لأبي الخطاب الكلوذاني ١٥٥/١.

[6] انظر الشرح الصغير للدردير ٢٨٦/٣، وحاشية الدسوقي ٣٤٤/٣، ومغني المحتاج للشربيني ٢٠٣/٢ ونهاية المحتاج للرملي ٢٨٦/٣، والمذهب الأحمد لابن الجوزي ص٦٣، والإقناع للحجاوي ٣٥١/٢-٣٥٢، وتوثيق الديون للهليل ص٢٦٤.

المطلب الثاني: علاقة الكفالة بالشرط الجزائي:

الفرق كبير جداً وظاهر بين الكفالة، والشرط الجزائي وإن كان من أوجه شبه فهي:

١- أنهما يؤكدان العقد ومن مصلحته حيث يعززان الثقة في الالتزام بالعقد.

٢- أنهما يأتيان تبعاً للعقد الأصلي فلا يستقلان عنه. إذ القصد من العقد ليس متوجهاً إليهما، إنما هما مقصودان تبعاً. لذلك كان سقوط الالتزام الأصلي بالعقد مسقطاً لهما[١].

أما أوجه الاختلاف بينهما فمنها ما يلي:

١- أن الشرط الجزائي تعويض عن ضرر، أما الكفالة فليست تعويضاً عن ضرر، وإنما التزام بالوفاء بقيمة الدين، أو إحضار بدن المدين.

٢- الكفالة التزام من طرف آخر يضم ذمته إلى ذمة المدين، بينما الشرط الجزائي التزم من أحد العاقدين.

٣- أن الدائن مخير في مطالبة المدين أو الكفيل بالمال[٢] أما صاحب الشرط الجزائي فليس مخيراً بين الالتزام الأصلي بالعقد والشرط الجزائي فلا يحق له المطالبة بالشرط الجزائي إلا في حالة تعذر الالتزام الأصلي[٣].

---

(1) انظر نظرية الضمان الشخصي للموسى ١/١٣١، والوسيط للسنهوري ٢/٨٦٠-٨٦٢، والمدخل الفقهي العام للزرقا ١/٦٤٦.

(2) هذا رأي الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة وقول عند المالكية. انظر اللباب للغنيمي ٢/١٥٥، والإقناع للشربيني ١/٢٨٩، والمغني لابن قدامة ٧/٨٦، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٢٣٣، والقول الآخر عند المالكية أنه ليس له مطالبة الكفيل إلا في حال تعذر الغريم. انظر المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٢٣٣.

(3) انظر الوسيط للسنهوري ٢/٨٦١.

٤- أن كفالة البدن ليس فيها التزام مالي خلافاً للشرط الجزائي الذي هو في الجملة التزام مالي.

٥- من الفروق أيضاً أن الكفيل في الكفالة معين وموجود قبل الإخلال فذمته بحد ذاتها وثيقة خلافاً للشرط الجزائي الذي يتأخر ظهوره إلى ما بعد الإخلال.

وبهذا يظهر أنه لا يمكن تكييف الشرط الجزائي ككفالة مالية أو بدنية[١].

---

(1) ولهذا أنكر الدكتور الضرير على اللجنة الدائمة للبحوث في المملكة العربية السعودية تشبيهها الشرط الجزائي بالكفيل لمجرد أنه من مصلحة العقد. انظر الشرط الجزائي للضرير والمقدم لمجمع الفقه الإسلامي ص١٠، وانظر بحث اللجنة الدائمة عن الشرط الجزائي، والمعد لهيئة كبار العلماء في دورتها الخامسة عام ١٣٩٤هـ وذلك في مجلة البحوث الإسلامية العدد الثاني ص١٣٤.

المبحث الرابع: الرهن والشرط الجزائي

المطلب الأول: معنى الرهن:

الرهن لغة: الثبوت والدوام يقال: رهن الشيء دام وثبت، وأرهنت لهم الطعـــام والشراب أدمته لهم وماء راهن أي راكد.

ويأتي بمعنى الحبس[١] ومنه قوله تعـــالى: ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾[٢] أي محبوسة بكسبها[٣] .

والرهن اصطلاحاً: هو: توثيق دين بعين يمكن استيفاؤه منها، أومن ثمنها عند تعذره من المدين)[٤]

المطلب الثاني: علاقة الرهن بالشرط الجزائي:

أوجه الشبه بين الرهن والشرط الجزائي هي نفس أوجه الشبه بين الكفالة والشرط الجزائي[٥] فهما يؤكدان موجب العقد، ولا يستقلان عنه لأنهما تابعان

---

[1] انظر لسان العرب لابن منظور ١٨٨/٣-١٨٩-١٩٠والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص ١٥٥١، ومختار الصحاح للرازي ص١٣٣، والمصباح المنير للفيومي ص٩٢ وأساس البلاغة للزمخشري ص١٨٢، وتهذيب اللغة للأزهري ٥٧٣/٦.

[2] سورة المدثر الآية (٣٨).

[3] انظر تفسير ابن كثير ٦٩٩/٤.

[4] انظر فتح القريب المجيب للغزي ص٣٢، وأسنى المطالب لأبي يحي الأنصاري ١٤٤/٢ ومغني المحتاج للشربيني ١٢١/٢ ونهاية المحتاج للرملي ٢٣٤/٤ والمغني لابن قدامة ٤٤٣/٦ والمبدع لابن مفلح ٢١٣/٤ والروض المربع لمنصور البهوتي مع الحاشية لابن قاسم ٥١/٥.

[5] انظر ص١٤٣ .

له، وغير مقصودين بالقصد الأصلي لكن الفروق بين الشرط الجزائي والرهن جلية تمنع تكييف الشرط الجزائي بالرهن ومن تلك الفروق ما يلي:

١- أن الشرط الجزائي تعويض عن الضرر فهو مرتبط بوقوعه خلافاً للرهن الذي لا علاقة له بالتعويض عن الضرر فهو وثيقة يستوفى منها الدين.

٢- أنه الرهن عين يستوفى منها الدين، أو من ثمنها بينما الشرط الجزائي في غالب أمره مبلغ مقدر مسبقاً[١]

٣- أن الرهن عين معلومة معينة مقبوضة[٢] قبل المماطلة في السداد والشرط الجزائي ليس متقدماً بل ظهوره يكون عند انتهاء العقد فهو وإن عين لكنه ليس مقبوضاً مقدماً.

---

(1) انظر ص٣٠ .

(2) القبض اشترطه للزوم عقد الرهن الحنفية والشافعية وهو المذهب عند الحنابلة انظر تحفة الفقهاء للسمر قندي ٣٧/٣ والمختار والاختيار للموصلي ٦٢/٢-٦٣ والكتاب للقدوري وشرحه اللباب للميداني ٥٤/٢، والمهذب للشيرازي ٤٠٣/١ والأنوار لأعمال الأبرار ليوسف الأردبيلي ٤١٤/١، والمبدع لابن مفلح ٢١٩/٤ والمقنع لابن قدامة ومعه الشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة والإنصاف للمرداوي ٣٩٠/١٢-٣٩١.

المبحث الخامس: العربون والشرط الجزائي

المطلب الأول: معنى العربون:

العربون لغة: مصدر عربن تقول: عربنته إذا أعطيته وهو ما عقد بـه البيع[1] وقيل: هو أول الشيء[2] ويضبط بضم أوله وسكون ثانيـه عُرْبُـون، وبفتح أولـه وثانيه عَرَبون وبضم أوله وسكون ثانيه وإبدال واوه ألفاً عربان. وقال أهل اللغة: فيه ست لغات وهي الثلاث السابقة وبالهمزة عوض عن العين في الثلاثة فيقال: أُرْبون، وأَرَبون، وأربان[3] وقيل: أصله في اللغة: التسليف والتقديم[4] وقيل إنما سمي بذلك لأن فيه إعراباً لعقد البيع أي إصلاحاً وإزالة فساد، وإمساكاً له لئلا يملكه آخر[5] .

والعربون اصطلاحاً هو: دفع مبلغ من المال إلى البائع أو المؤجر قبل العقد، أو في أثنائه على أنه إن تم البيع أو الإجارة فهو من الثمن أو الأجرة وإلا فهـو للبائع أو المؤجر[6] .

---

(1) انظر القاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٥٦٨.

(2) انظر شرح الزرقاني على الموطأ ٣٢٣/٣.

(3) انظر لسان العرب لابن منظور ٢٨٤/١٣، وتهذيب الأسماء واللغات للنووي ٦/٢ والمطلع على أبواب المقنع للبعلي ص٢٣٣-٢٣٤، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٥٦٨ والمصباح المنير للفيومي ص١٥٢ ومختار الصحاح للرازي ص٢٠١ وغريب الحديث للبستي ٧٦/٢-٧٧.

(4) انظر مغني المحتاج للشربيني ٣٩/٢.

(5) انظر الفائق في غريب الحديث للزمخشري ٤١٠/٢، والنهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٢٠٢/٣، وشرح الزرقاني على الموطأ ٣٢٣/٣.

(6) انظر المقدمات الممهدات لابن رشد ٣٧٩/١ ومواهب الجليل للحطاب ٣٦٩/٤ والخرشي على مختصر خليل ٧٨/٥ وبداية المجتهد لابن رشد ١٦٣/٢. والتمهيد لابن عبد البر ١٧٨/٢٤، والاستذكار لابن عبد البر ٨/١٩-١٠، ونهاية المحتاج للرملي ٤٧٦/٣ والمجموع للنووي ٤٠٨/٩ ومغني المحتاج =

المطلب الثاني: علاقة العربون[١] بالشرط الجزائي:

يشبه الشرط الجزائي العربون في الآتي:

١- أن كلاً منهما التزام من أحد العاقدين للآخر[٢] .

٢- أن كلاً منهما يقصد منه سلامة العقود من التلاعب بها، وحث المتعاقد على التنفيذ، وذلك بتخويفه من مغبة عدم التنفيذ، لأن هـذا يعرضـه لخـسارة العربون، أو دفع الشرط الجزائي[٣] .

= للشربيني ٣٩/٢ والمغني لابن قدامة ٣٣١/٦ والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٢٥١/١١ والإنصاف للمرداوي ٢٥٣/١١ ونيل الأوطار للشوكاني ١٨٢/٥. وعون المعبود شرح سنن أبي داود للعظيم آبادي ٣٩٩/٩، وغريب الحديث للبستي ٧٦/٢ والنهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٢٠٢/٣ والموطأ بشرح الزرقاني ٣٢٤/٣ وحكم بيع العربون للربيش ص٧ وبيع المزاد للمطلق ص٦٨ وحكم بيع العربون لأبي رخية ضمن بحوث فقهية ٣٩٦/١ –٣٩٧، وبيع العربون للزحيلي ص٧.

[1] اختلف العلماء في العربون على ثلاثة أقوال:

أ. ذهب الجمهور إلى أنه لا يجوز فيبطل البيع والشرط. انظر التمهيد لابن عبد البر ١٧٨/٢٤، والاستذكار لابن عبد البر ١٠/١٩ والشرح الكبير للدردير ٦٣/٣ والقوانين الفقهية لابن جزي ص٢٥٧ ومواهب الجليل للحطاب ٣٦٩/٤ والخرشي على مختصر خليل ٧٨/٥ وحاشية الدسوقي ٦٣/٣ والمقدمات الممهدات لابن رشد ٣٧٩/١ ومواهب الجليل للجكني ٢٧٢/٣-٢٧٣ وبداية المجتهد لابن رشد ١٦٢/٢-١٦٣، والمجموع للنووي ٤٠٨/٩ وروضة الطالبين للنووي ٣٩٩/٣ ومغني المحتاج للشربيني ٣٩/٢، وحاشية القليوبي وعميرة على منهاج الطالبين ١٨٦/٢ والمغني لابن قدامة ٣٣١/٦ والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٢٥١/١١ والإنصاف للمرداوي ٢٥٢/١١، ونيل الأوطار للشوكاني ١٨٢/٥.

ب. وذهب الإمام أحمد في الرواية الثانية عنه وهي المذهب عند الحنابلة إلى جوازه وصحة البيع. انظر المغني لابن قدامة ٣٣١/٦ والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٢٥١/١١ والإنصاف للمرداوي ٢٥١/١١ وكشاف القناع للبهوتي ١٩٥/٣ والمبدع لابن مفلح ٥٩/٤.

ج. وفي رواية أخرى عند الحنابلة اشترطوا لصحته أن يقيد بزمن معين. انظر الإنصاف للمرداوي ٢٥٣/١١ ومطالب أولي النهى للرحيباني ٧٨/٣. انظر في أدلة الفريقين ومناقشتها المراجع السابقة وحكم بيع العربون للربيش ص١٢ وما بعدها، وبيع المزاد للمطلق ص٦٨ وما بعدها ، وحكم العربون في الإسلام لأبي رخية ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ٣٩٩/١ ، وبيع العربون لوهبة الزحيلي ص ٩-١٠، وبيع العربون لرفيق المصري ص١٠ وما بعدها.

[2] انظر نظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص١٦٤، وتعويض الضرر لأبي الليل ص٤٢٣.

[3] انظر نظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص١٦٤.

٣- أن كلاً منهما يتضمن تقديراً لمبلغ يدفع عند الإخلال بالعقد في الشرط الجزائي، وعند العدول عن العقد في العربون[١] .

هذا التشابه دعا بعض الباحثين إلى القول بأن الشرط الجزائي من باب العربون، أو الاستدلال على جواز الشرط الجزائي بجواز العربون عند بعض الفقهاء[٢] .

لكن الحق أن الفروق بين الشرط الجزائي والعربون كبيرة وكثيرة وهي تمنع أن يكون الشرط الجزائي من باب العربون أو الاستدلال بالعربون على جواز الشرط الجزائي ومن تلك الفروق ما يلي:

١- العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد[٣] أما الشرط الجزائي فهو تقدير للتعويض عن الضرر الذي يلحق بسبب عدم تنفيذ العقد[٤] .

٢- الالتزام بدفع العربون عند عدول المشتري قائم ولو لم يترتب ضرر لأنه مقابل العدول، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع الضرر فشرط استحقاقه وقوع الضرر[٥] .

---

[1] انظر الشرط الجزائي للضرير أحد البحوث المقدمة للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الدورة الثانية عشرة ١٤٢٠هـ ص٧، والوسيط للسنهوري ٨٦٤/٢.

[2] انظر بحث اللجنة الدائمة في مجلة البحوث الإسلامية العدد الثاني ص١٣٧، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص١٦٤، والشرط الجزائي لناجي عجم أحد البحوث المقدمة للمجمع الفقهي في دورته الثانية عشرة ١٤٢٠هـ ص١٨، ومناقصات العقود الإدارية للمصري ص٥٩- ٦٠-٦٥ والشرط الجزائي للحموي ص١٨٦-١٨٧ – ١٨٨.

[3] ذكر بعض الفقهاء أن العربون في حالة العدول هو هبة. انظر المجموع للنووي ٤٠٨/٩، ومغني المحتاج للشربيني ٣٩/٢.

[4] انظر الوسيط للسنهوري ٨٦٤/٢، والنظرية العامة للالتزام لتوفيق فرج ٤٠/٢ ، والشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص٦٠، والبند الجزائي لناصيف ص٤٢.

[5] انظر الوسيط للسنهوري ٤٦٤/٢، والشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص٦٠، والنظرية العامة للالتزام لفرج ٤٠/٢، وموسوعة العقود لناصيف ٢٨٤/٤، وتعويض الضرر لأبي الليل ص٤٢٤ والبند الجزائي لناصيف ص٤٢ وبيع العربون للمصري ص٣١.

٣- دافع العربون بالخيار بين تنفيذ العقد، أو ترك العربون للطرف الآخر، أما الملتزم بالشرط الجزائي فليس بالخيار وعليه تنفيذ التزامه الأصلي مادام ذلك ممكناً.[١]

٤- العربون لا يعدل من القاضي بدون رضا مستحقه، أما الشرط الجزائي فيجوز تخفيضه وزيادته من قبل القاضي إذا توفر موجب ذلك دون رضا مستحقة[٢] .

٥- العربون جزء من الثمن، أو الأجرة متى ما اختار دافعه المضي في العقد، أما الشرط الجزائي فلا علاقة له بالثمن أو الأجرة فهو تعويض عن الضرر[٣].

٦- العربون يتفق عليه وقت العقد ولا يتصور بعده أما الشرط الجزائي فيجوز بعد العقد في اتفاق لاحق قبل وقوع الضرر[٤] .

٧- العربون يقبض عند إبرام العقد، بل حتى قبل تمام العقد والمضي فيه، أما الشرط الجزائي فلا يكون إلا متأخراً عن العقد عند حصول شرطه وهو الضرر.

---

[1] انظر الشرط الجزائي للضرير ص٨ وتعويض الضرر لأبي الليل ص٤٢٤، البند الجزائي لناصيف ٤٢، وموسوعة العقود لناصيف ٢٨٤/٤، والوسيط للسنهوري ٨٦٥/٢، والنظرية العامة للالتزامات للذنون ص٣٥٨، وبيع العربون للمصري ص٣١، والشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص٦٠.

[2] انظر تعويض الضرر لأبي الليل ص٤٢٤، والوسيط للسنهوري ٨٦٥/٢، وموسوعة العقود لناصيف ٢٨٤/٤، والشرط الجزائي للضرير ص٨، والشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص٦٠، والبند الجزائي لناصيف ص٤٢.

[3] انظر الشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص ٥٩.

[4] انظر أحكام الالتزام لطلبة وهبة ص٦٩، والشرط الجزائي للشهري ص٨٢.

٨- الشرط الجزائي يستحق عند عدم تنفيذ العقد أو التأخر فيه، أو التنفيذ المعيب، أو الجزئي وليس هناك ما يسمى عربون تأخير أو عربون عيب[١].

٩- أن تحقق الشرط الجزائي لا يؤدي بالضرورة إلى فسخ العقد، أما العدول بموجب العربون فإنه يؤدي إلى فسخ العقد.[٢] .

---

(1) انظر الشرط الجزائي للشهري ص٨٠، والنظرية العامة للالتزام للحجازي ص٨٢.

(2) انظر أحكام العربون في الشريعة والحقوق لعبد السلام الترمانيني مقال بمجلة الحقوق والشريعة العدد الأول ١٩٧٧م ص٦٠ والشرط الجزائي للحموي ص ١٨٩.

المبحث السادس: العقوبة بالتعزير المالي والشرط الجزائي

المطلب الأول: معنى العقوبة وأقسامها:

أولاً: معنى العقوبة لغة واصطلاحاً:

العقوبة لغة: المجازاة على الفعل يقال: اعتقب الرجل خيراً، أو شراً بما صنع كافأه به، والعقاب والمعاقبة أن تجزي الرجل بما فعل سوءاً والاسم العقوبة. وعاقبه بذنبه معاقبة وعقاباً أخذه به. وتعقبت الرجل إذا أخذته بذنب كان منه.(١)

والعقوبة في الاصطلاح: زواجر شرعية عن ترك واجب، أو فعل محرم.(٢)

وقيل هي: زواجر إما حدود مقدرة، وإما تعزيرات غير مقدرة(٣).

وقيل هي: الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع.(٤)

ثانياً: أنواع العقوبة باعتبار التقدير وعدمه. تنقسم إلى قسمين:

١- عقوبات مقدرة وهي الحدود والقصاص وهذه لا علاقة للبحث بها.

٢- عقوبات غير مقدرة وهي التعزير(٥)

ثالثاً: معنى التعزير لغة واصطلاحاً:

التعزيز لغة: مصدر عزره يعزره عزراً أو تعزيراً وهو الرد، والمنع، والتأديب وهو من أسماء الأضداد إذ إن التعزير النصرة والتعظيم والتوقير(١)

---

(1) انظر لسان العرب لابن منظور ٦١٩/٢ والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٤٩-١٥٠.

(2) انظر الطرق الحكمية لابن القيم ص٢٢٥، وأثر التوبة على عقوبة القذف في الفقه الإسلامي لعبد الله المطرودي مقال في مجلة البحوث الإسلامية العدد (٦٦) ص٢٦٦.

(3) انظر تهذيب الفروق لمحمد علي بن حسين ٢٠٤/٤- ٢٠٥.

(4) التشريع الجنائي لعبد القادر عوده ٦٠٩/١.

(5) انظر التشريع الجنائي لعبد القادر عوده ٦٣٣/١، والعقوبات المالية في الإسلام للبشر ص ٢٨-٢٩.

ومنه قوله تعالى ﴿ وَءَامَنتُم بِرُسُلِي وَعَزَّرْتُمُوهُمْ ﴾[2] ومنه قوله ﴿وَتُعَزِّرُوهُ﴾[3].

والتعزير اصطلاحاً هو: عقوبة غير مقدرة تجب حقاً لله أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة[4] .

رابعاً: أنواع العقوبات التعزيرية باعتبار متعلقاتها ما يلي:

١- ما يتعلق بالأبدان كالجلد، والقتل.

٢- ما يتعلق بالأموال[5] كالإتلاف والغرم.

---

(1) انظر لسان العرب لابن منظور ٥٦١/٤-٥٦٢ والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص٥٦٣-٥٦٤، وأساس البلاغة للزمخشري ص٣٠٠، والمصباح المنير للفيومي ص١٥٥، ومختار الصحاح للرازي ص٢٠٤، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣١١/٤، ومعجم متن اللغة لأحمد رضا ٩٢/٤.

(2) سورة المائدة الآية: ١٢.

(3) سورة الفتح الآية: ٩.

(4) انظر فتح القدير للكمال بن الهمام ٣٤٥/٥، والعناية للبابرتي ٣٤٤/٥، وحاشية ابن عابدين ١٧٧/٣ والتعريفات للجرجاني ص٦٢، وتبصرة الحكام لابن فرحون ٢٩٣/٢، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ١٤٠٦/٣، والأحكام السلطانية للماوردي ص٣٨٦، ومغني المحتاج للشربيني ١٩١/٤، وفتح الوهاب لزكريا الأنصاري ١٦٦/٢، وكشاف القناع للبهوتي ١٢١/٦، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ٤٠٣/٦، والمغني لابن قدامة ٥٢٣/١٢ والسياسة الشرعية لابن تيمية ص١٢١، وإعلام الموقعين لابن القيم ٩٢/٢، والعقوبات المالية للبشر ص٢٠٩، والتعزير بالمال لإياد إبراهيم ص٧، وحكم التعزير بأخذ المال لابي رخية ضمن بحوث فقهية ٣٣١/١، والتشريع الجنائي لعوده ٦٨٥/١، وزيادة الجلد في التعزير للمنيعي مجلة البحوث الإسلامية العدد (٥٧) ص ٣٤٦.

(5) اختلف العلماء في حكم التعزير بالمال على قولين:

القول الأول: عدم جوازه وهو قول جماهير العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة. انظر حاشية ابن عابدين ١٧٨/٣-١٧٩ والفتاوى الهندية ١٦٧/٢ وفتح القدير لابن الهمام ٣٤٥/٥ والعناية للبابرتي ٣٤٤/٥- ٣٤٥ وحاشية سعدي جلبي على فتح القدير ٣٤٥/٥ وحاشية الدسوقي ٣٥٥/٤ وبلغة السالك للصاوي ٢٦٨/٤ والاعتصام للشاطبي ٣٦٠/٢ والسنن الكبرى للبيهقي ٢٧٩/٨ وبذيله الجوهر النقي لابن التركماني ٢٧٩/٨ ونهاية المحتاج للرملي ٢١/٨-٢٢ وحاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٢١/٨-٢٢ والمغني لابن قدامة ٥٢٦/١٢ وكشاف القناع للبهوتي ١٢٤/٥، والشرح

٣- ما هو مركب منهما كجلد السارق من غير حرز مع إضعاف الغرم عليه.

٤- ما يتعلق بتقييد الإرادة كالحبس والنفي.

٥- ما يتعلق بالمعنويات كإيلام النفوس بالتوبيخ والزجر[١]

ويمكن أن تجعل هذه الأقسام على سبيل الاختصار في قسمين:

١- تعزيرات بدنية. ٢- تعزيرات مالية[٢]

خامساً: أقسام التعزيرات المالية باعتبار أثرها في المال ما يلي:

١- التعزير بإتلاف المال مثل: شق أوعية الخمر، وتحريق أمكنة الخمارين.

٢- التعزير بتغيير المال مثل تقطيع الستر الذي فيه صورة إلى وسادتين وهذان القسمان لا علاقة لهما بالبحث.

٣- التعزير بالتغريم وتمليكه لجهة أخرى مثل إضعاف الغرم على السارق من غير حرز وأخذ شطر مال مانع الزكاة[٣] وهذا هو المقصود بالبحث هنا.

الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٤٦٠/٢٦ والإنصاف للمرداوي ٤٦٤/٢٦ ، ونقل الدسوقي والصاوي الإجماع على هذا القول انظر حاشية الدسوقي ٣٥٥/٤ ، وبلغة السالك ٢٦٨/٤ .

القول الثاني: جواز التعزير بالمال وقال به بعض الحنفية وهو مروي عن أبي يوسف. انظر حاشية ابن عابدين ١٨٤/٤ وتبيين الحقائق للزيلعي ٢٠٨/٣ والفتاوى الهندية ١٦٧/٢ وفتح القدير لابن الهمام ٣٤٥/٥ والعناية للبابرتي ٣٤٤/٥-٣٤٥، والبناية للعيني ٣٦٩/٦، وبعض المالكية انظر تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٩٨/٢، وبعض الحنابلة. انظر كشاف القناع للبهوتي ١٢٥/٦ وهو قول شيخ الإسلام وابن القيم انظر مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٠٩/٢٨ وما بعدها، وإعلام الموقعين لابن القيم ٩١/٢، والطرق الحكمية لابن القيم ص٢٢٦-٢٢٧، وزاد المعاد لابن القيم ١٠٩/٣.

(1) انظر الحدود والتعزيرات عند ابن القيم لبكر أبو زيد ص٤٨٣.

(2) انظر العقوبات المالية للبشر ص٢١٨-٢٢٢.

(3) انظر الطرق الحكمية لابن القيم ص٢٣٠، ومجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١١٣/٢٨، والتعزير في الشريعة الإسلامية لعبد العزيز عامر ص٣٣٥-٣٣٨، والحدود والتعزيرات عند ابن القيم لبكر أبو زيد ص٤٩٥.

وقد قسم[١] بعض الباحثين المعاصرين التعزير بالمال ـــ العقوبة المالية التعزيرية[٢] ـــ إلى قسمين:

١- المصادرة: وذلك بنقل ملكية المال من الجاني إلى الدولة، أو بإتلاف المال عليه. وهذا لا علاقة له بالبحث هنا.

٢- الغرامة: وهي مال يحكم به على الجاني لخزانة الدولة أو لمستحقه. وهذا هو المقصود هنا[٣] .

المطلب الثاني: علاقة العقوبة التعزيرية المالية بالشرط الجزائي:

ليس بين العقوبة المالية والشرط الجزائي ـــ الذي هو تقدير اتفاقي جزافي مقدم للتعويض عن الضرر ـــ أي شبه سوى في المعنى اللغوي العام إذ العقوبة جزاء والشرط الجزائي ـــ التعويض الاتفاقي ـــ فيه معنى الجزاء.

وأما فيما عدا هذا الأمر فلا وجه شبه بين الأمرين إذ التعزير المالي عقوبة تأخذ حكم العقوبات التعزيرية وخصائصها، وأهدافها ومنها ما يلي:

١- أنها زواجر عن محظورات توقع استجابة لأمر الله ورسوله، وتحقيقاً لأهداف الإسلام في الحياة والمجتمع، وإصلاحاً للأفراد والجماعة وقطعاً لدابر الفساد، وردعاً للجناة[٤] .

٢- وهي كأي عقوبة لابد فيها من دليل يدل عليها[١] وهذا لا يتعارض مع ممارسة القاضي لسلطته التقديرية في العقوبة التعزيرية، لأنه يتقيد في تقديره بالضوابط والحدود التي رسمها الشرع، فلا يستطيع تجاوزها[٢] .

---

(1) وهذا هو تقسيم القانون الوضعي للعقوبة المالية. انظر شرح قانون العقوبات محمود نجيب حسني ص٧٩٨.

(2) لأن هناك عقوبة مالية مقدرة لا تعزيرية وهي الديات. انظر العقوبات المالية في الإسلام للبشر ص٢٩.

(3) انظر العقوبات المالية للبشر ص٢٥١.

(4) انظر العقوبات المالية للبشر ص٣٤.

٣- أنها موكولة لولي الأمر فهو صاحب الحق في إيقاعها دون غيره[٣] .

٤- أنها تعود إلى خزانة الدولة، أو إلى مستحقها[٤] .

٥- أن العقوبة المالية تهدف إلى تحقيق أهداف العقاب وليس التعويض[٥] .

٦- أنه ليس للمجني عليه العفو عنها إلا فيما يتعلق به دون ما يتعلق بالجماعة[٦].

فأين هذا من الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)؟ الذي هو شرط مقترن بالعقد يتضمن التزاماً بتعويض مقدر يستحق عند وقوع الضرر فهو معاملة بين الأفراد لا علاقة لها بالجنايات والعقوبات.

فالشرط الجزائي إذاً من باب المعاملات يقصد به تيسير التعامل وحفظ الحقوق وضمان الضرر، أما التعزير المالي فمن باب العقوبات المتعلقة بالجنايات ومنعها وزجر المجرمين وإصلاحهم فشتان بين الأمرين.

---

(1) انظر الجريمة لمحمد أبو زهرة ص١٦٦ وهو ما يعبر عنه بقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة بغير نص) انظر أصول النظام الجنائي الإسلامي لمحمد العوا ص٥٢-٥٣، والعقوبات المالية للبشر ص٢٥٤، وهي مستفادة من قاعدة (لا تكليف قبل ورود الشرع) انظر الإحكام للآمدي ٨٦/١ وقاعدة (أن الأصل في الأشياء الإباحة) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٣٣، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٥٦، ومن الأدلة عليهما والمتعلقة بالموضوع ، قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ سورة الإسراء الآية: (١٥).

(2) انظر الجريمة لابي زهرة ص١٦٦- ١٦٧، والعقوبات المالية للبشر ص٢٥٤- ٢٥٥.

(3) انظر العقوبات المالية للبشر ص٢٦٨، والمغني لابن قدامة ٥٢٦/١٢ وفتح القدير لابن الهمام ٣٤٥/٥. وحاشية سعدي جلبي على فتح القدير ٣٤٥/٥، والعناية للبابرتي ٣٤٥/٥ والبناية للعيني ٣٦٣/٦ والسياسية الشرعية لشيخ الإسلام ص٢١٢ والمعونة للقاضي عبد الوهاب ١٤٠٦/٣، ومغني المحتاج للشربيني ١٩١/٤، وبيع العربون للمصري ص١٢٨.

(4) انظر العقوبات المالية للبشر ص٢٦٨.

(5) انظر العقوبات المالية للبشر ص٢٦٩.

(6) انظر الأحكام السلطانية للماوردي ص٣٨٨، والتشريع الجنائي لعبد القادر عوده ٧٧٧/١.

لذا سبق[١] أن قدمت بأن تكييف الشرط الجزائي كعقوبة مالية، أو مزيج بين التعويض والعقوبة أو أن له آثار العقوبة كل هذا يؤد إلى القول بحرمة الشرط الجزائي، لأن حق إيقاع العقوبة لولي الأمر، وليس لكل أحد ثم أين الجناية المرتكبة؟.

فالخلاصة: أن الشرط الجزائي لا يصح تكييفه كعقوبة مالية.

(1) انظر ص١٣٠ .

المبحث السابع: الرأي المختار في التكييف الفقهي للشرط الجزائي

فإنه بعد النظر في المباحث السابقة ومعرفة المعنى الأصلي في الشرط الجزائي وجوهره ألا وهو التعويض الاتفاقي المقدر جزافاً قبل وقوع الضرر والمستحق عند وقوعه. تبين لي أن الشرط الجزائي معاملة مستحدثة لا مثيل لها في الفقه الإسلامي ولا شبيه[١] يمكن أن يكيف الشرط الجزائي على وفقه بناء على الاتفاق في المعنى الأصلي للشرط الجزائي، وإن وجد بعض أوجه الشبه بين الشرط الجزائي وبعض المعاملات فإنها أوجه شبه ظاهرية لا يمكن من خلالها تكييف الشرط الجزائي التكييف الذي يبين حكمه.

لذا ولما كان التعويض عن الضرر في الشرط الجزائي تعويضاً جديداً اشتمل على معان، وصفات لم تكن معروفة في الضمان ــ التعويض عن الضرر ــ في الفقه الإسلامي خصصت الفصل التالي للحديث عن التعويض عن الضرر وخاصة المعاني والصفات الجديدة التي جاءت في الشرط الجزائي كتقدير التعويض مسبقاً قبل وقوع الضرر، والضرر الأدبي وغير ذلك لعلي أصل من خلال ذلك إلى حكم الشرط الجزائي.

---

(1) انظر الشرط الجزائي للضرير ــ أحد البحوث المقدمة للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي ص١٠.

الباب الثاني

حكم الشرط الجزائي وأثره والوفاء به

ويشتمل على ثلاثة فصول هي:

الفصل الأول: التعويض عن الضرر

الفصل الثاني: حكم الشرط الجزائي وأثره

الفصل الثالث: الوفاء بالشرط الجزائي وأثر الأعذار الطارئة

الفصل الأول

التعويض عن الضرر

ويشتمل على أربعة مباحث هي:

المبحث الأول: معنى الضرر وأنواعه.

المبحث الثاني: معنى التعويض وضابطه.

المبحث الثالث: الضرر الذي يعوض عنه.

المبحث الرابع: كيفية التعويض ووقت تقديره.

الفصل الأول

التعويض عن الضرر

المبحث الأول: معنى الضرر، وأنواعه

المطلب الأول: معنى الضرر:

الضرر لغة: يطلق على معان كثيرة منها: الهزال وسوء الحال، والقحط، والشدة، وما كان ضد النفع، والنقص في الشيء، والنقص في الأموال والأنفس[1] والمعاني الثلاثة الأخيرة أقرب إلى المعنى المراد هنا.

الضرر اصطلاحاً. عرف بتعريفات كثيرة منها:

١- عرف بأنه: (الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس، أو الغير تعدياً، أو تعسفاً، أو إهمالا)[2] وهذا تعريف للضرر باعتبار سبب حدوثه.

٢- وعرف بأنه: (كل نقص يلحق الشخص سواء أكان في مال متقوم محترم، أو جسم معصوم، أو عرض مصون)[3] وهذا تعريف للضرر باعتبار محله.

---

[1] انظر لسان العرب لابن منظور ٤٨٢/٤ وما بعدها، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص٥٥٠، وأساس البلاغة للزمخشري ص٢٦٨، ومختار الصحاح للرازي ص١٨٣، والمصباح المنير للفيومي ص١٣٦، ومحيط المحيط للبستاني ١٢٤١/٢-١٢٤٢.

[2] الضرر في الفقه الإسلامي لموافي ٩٧/١.

[3] انظر: التعويض عن الضرر لمحمد بوساق ص٢٨، ونظرية الضمان للزحيلي ص٢٥ والضمان للخفيف ص٣٨، والتعويض عن الضرر للزحيلي ص١١، وبدائع المنن للساعاتي ١٩٣/٢، وإيقاظ الهمم المنتقى من جامع العلوم والحكم للهلالي ص٤٢٣.

المطلب الثاني: أنواع الضرر:

الضرر نوعان[١]

١- النوع الأول: الضرر المادي (الحسي) وينقسم إلى قسمين:

أ- الضرر البدني.

والمراد به ما يقع على البدن بإزهاق نفس، أو جناية على جنين، أو إبانة عضو من الأعضاء، أو تعطيل معنى من المعاني كإحداث الشلل في اليد، أو إذهاب السمع والبصر، أو جرح أو تشويه ينقص الجمال، أو عاهة مقعدة عن العمل والكسب[٢].

ب- الضرر المالي:

وهو ما كان محل الضرر مالاً سواء أكان حيواناً، أم منقولاً أم عقاراً سواء أكان الضرر اللاحق إتلافاً تاماً للذات أو تعطيلاً لبعض الصفات، أو إحداث نقص فيها، أو تعييب، حيث يخرج المال عن أن يكون منتفعاً به المنفعة المطلوبة أو يؤدي ذلك إلى نقصان قيمته[٣].

٢- النوع الثاني: الضرر المعنوي (الأدبي)[٤].

وهو الأذى الذي يصيب الإنسان في عرضه وشرفه، أو شعوره وعاطفته بسبب فعل، أو قول يعد مهانة له.

---

(1) أي باعتبار ما وقع عليه الضرر وإلا فالضرر يقسم باعتبارات كثيرة لكن المهم للبحث هو هذا التقسيم فتم الاقتصار عليه اختصاراً.

(2) انظر ضمان العدوان لمحمد سراج ص١٥١، والتعويض عن الضرر لبوساق ص٣٩، والضمان للخفيف ص٣٨، والتعويض عن الضرر للزحيلي ص١٣، والحق في التعويض للحمادي ص١٦٢.

(3) انظر التعويض عن الضرر لبوساق ص٤٠، والتعويض عن الضرر للزحيلي ص١٢ وضمان العدوان لسراج ص١١٨.

(4) فرق الشيخ الخفيف بين المعنوي والأدبي فجعل الأدبي يتعلق بالعاطفة، والمعنوي يتعلق بالإخلال بالالتزام كامتناع المستودع عن رد الوديعة إلى مكانها. انظر الضمان ص٤٤ .

وسمي ضرراً أدبياً أو معنوياً، لأنه غير مادي. فمحله العاطفة والشعور ومـــن أمثلته: القذف، والسب والتحقير، والامتهان في المعاملة والإخلال بـــالالتزام، واللطم على الوجه الذي لا يترك أثراً، ولا يفوت منفعـــة، والاطـــلاع علـــى العورات، والإشراف على مقر النساء وغيرها مما يتألم منه الإنسان[١].

---

[1] انظر التعويض عن الضرر للزحيلي ص١٢، والضرر لموافي ٢٦٠/١، ١٠٢٣/٢، والتعويض عن الضرر لبوساق ص٢٩، والضمان للخفيف ص٤٤، والحق في التعويض للحمادي ص١٧٤، وضمان العدوان لسراج ص١١٨.

المبحث الثاني

معنى التعويض وضابطه

المطلب الأول: معنى التعويض:

التعويض لغة: من العوض وهو البدل، أو الخلف[١].

والتعويض اصطلاحاً:

هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس، أو مال[٢].

فالتعويض قائم على مبدأ إزالة الضرر المادي (الحسي) الحائق بالآخرين وهو مرتبط بوقوع الضرر لا قبله[٣].

وهو جزء من الضمان بمعناه الواسع[٤].

---

(1) انظر لسان العرب لابن منظور ١٩٢/٧، والصحاح للجوهري ١٠٩٢/٣-١٠٩٣، ومعجم متن اللغة لأحمد رضا ٢٤٦/٤، والمحكم والمحيط الأعظم في اللغة لابن سيده ٢١٠/٢، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص٨٣٦، قال ابن منظور: (والمستقبل: التعويض) لسان العرب ١٩٢/٧ .

(2) التعويض عن الضرر لمحمد بوساق ص١٥٥، وأصل التعريف منقول من المسؤولية المدنية والجنائية لمحمود شلتوت ص٣٥، لكن بزيادة (أو شرف) وهذا راجع إلى الاختلاف في التعويض عن الضرر المعنوي ــ الأدبي ــ وهو ما سيأتي عنه الحديث لاحقاً وانظر غمز عيون البصائر للحموي ٢١٠/٢، وتبيين الحقائق للزيلعي ٢٢٣/٥، وبدائع الصنائع للكاساني ١٦٨/٧، حيث ذكروا معنى التعويض تحت مصطلح الضمان.

(3) انظر التعويض عن الضرر للزحيلي ص٢٢، والتعويض عن الضرر لمحمد بوساق ص١٥٥، ونظرية الضمان لفيض الله ص١٥٨.

(4) انظر ص١٣٦ .

المطلب الثاني: أساس التعويض وضابطه:

أنه يغطي الضرر الواقع فعلاً ويساويه فلا يجوز أن يزيد التعويض عن قدر الضرر، ولا ينقص عنه لأن هذا ينافي العدل الذي راعته الشريعة في جميع أحكامها.

فالمقصد من التعويض جبر الضرر الواقع بالتعدي، أو الخطأ دون نظر لمن حدث منه الضرر، ودون اعتبار لوجود الإثم في الجناية أو عدم وجوده، لأن الضرر واقعة مادية، وعليه فيجب أن يكون التعويض مقدراً على أساس تغطية ما وقع فعلاً دون زيادة أو نقصان، ودون تمييز بين متسبب وآخر[١]، لأن تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس، إنما يختلف باختلاف البلاد والأزمان[٢]. ولأن النظر في الضمان إلى نفس المفوت، لا إلى أغراض الملاك[٣].

فالقاعدة العامة في التعويض هي مراعاة المثلية التامة بين الضرر وبين العوض[٤]. جاء في المبسوط: (ضمان العدوان[٥] مقدر بالمثل بالنص)[٦] وهو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾[٧] فالغاصب يجب عليه رد المغصوب نفسه مادام قائماً موجوداً لقوله ﷺ: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)[٨] فإذا تعذر رد الشيء بعينه لهلاكه وجب رد مثله إن كان

---

(1) انظر التعويض عن الضرر لبوساق ص١٧٠، ودعاوى التعويض لعبد العزيز المتيهي ١٣١/١-١٣٢.

(2) الفروق للقرافي ٣١/٤.

(3) فتح العزيز للرافعي ٢٥٨/١١.

(4) انظر نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص١٦٠.

(5) هذا ضمان العدوان فضمان غيره من باب أولى.

(6) المبسوط للسرخسي ٧٩/١١.

(7) سورة النحل الآية: (١٢٦).

(8) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع والإجارات باب في تضمين العارية سنن أبي داود ٨٢٢/٣، والترمذي في أبواب البيوع باب ما جاء أن العارية مؤداه جامع الترمذي ومعه تحفة الأحوذي ٤٠٢/٤، =

مثلياً[١] أو قيمته إن كان قيمياً[٢] ولا يدفع شيء غير ذلك مقابل الأذى النفسي، أو المعنوي، أو الأدبي[٣] وعليه فإذا لم يترتب على الفعل ضرر لم يجب بـــه ضمان، لأن التعويض في الفقه الإسلامي لا يكون إلا عن ضرر واقع فعلاً وقد ذكر الفقهاء مسائل كثيرة راعوا فيها هذا الأمر منها:

= وقال: (هذا حديث حسن صحيح) وابن ماجه في كتاب الصدقات باب العارية سنن ابن ماجة ٨٠٢/٢، والدارمي في كتاب البيوع باب في العارية مؤداه سنن الدارمي ٣٤٢/٢، والبيهقي في كتاب العارية باب العارية مضمونة السنن الكبرى ٩٠/٦، والحاكم في كتاب البيوع المستدرك ٥٥/٢، وقال: (هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه) ووافقه الذهبي في التلخيص بذيل المستدرك، وأحمد في المسند ٨/٥-١٢-١٣، وقال ابن القيم: (وفي قول الحاكم أنه على شرط البخاري نظر) تهذيب السنن مع مختصر سنن أبي داود ١٩٧/٥، وأعله ابن حجر بسبب الاختلاف في سماع الحسن من سمرة راوي الحديث ــ ﷺ ــ انظر تلخيص الحبير ٦٠/٣، وجاء في الجوهر النقي لابن التركماني ٩٠/٦: أن الحسن لم يأخذ بالحديث في العارية رغبة عنه لضعفه، لأن الحسن لم يسمع من سمرة. وقال محمد صديق حسن القنوجي: (وفي سماع الحسن عن سمرة مقال مشهور). الروضة الندية ٣١٢/٢، وانظر نيل الأوطار للشوكاني ٣٥٦/٥، وتحفة الأحوذي للمباركفوري مع جامع الترمذي ٤٠٢/٤، قال الصنعاني: (وللحفاظ في سماع الحسن من سمرة ثلاثة مذاهب. الأول: انه سمع منه مطلقاً وهو مذهب علي بن المديني والبخاري والترمذي والثاني: لا مطلقاً وهو مذهب يحي بن سعيد القطان، ويحيى بن معين، وابن حبان. والثالث: لم يسمع منه إلا حديث العقيقة وهو مذهب النسائي واختاره ابن عساكر وادعى عبد الحق أنه الصحيح) سبل السلام ٨٩٨/٣، وانظر تهذيب السنن لابن القيم ١٩٧/٥، وقال الألباني: (ونحن لم نعلم تصريحه بالسماع عن سمره في غير حديث العقيقة فيتجه أن يكون الصواب القول الثالث وإذا ضممنا إلى ذلك ما جاء في ترجمة الحسن البصري أنه ثقة فقيه فاضل مشهور وكان يرسل كثيراً ويدلس فينتج من ذلك ضعف هذا الحديث وعدم الاحتجاج به لأنه عنعنه) إرواء الغليل ٣٤٩/٥.

(1) المثلي: ما تماثلت أفراده بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق مطلقاً، أو مع فرق يسير لا يعتد به كالمكيلات والموزونات.

(2) والقيمي: ما تفاوتت أفراده بحيث لا يقوم بعضها مقام بعض إلا بفرق يعتد به كالثياب المخيطة لأشخاص بأعيانهم. انظر التقويم في الفقه للخضير ص١٥٣، والدر المختار ومعه حاشية ابن عابدين ١١٧/٥-١١٨، والمعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك ص٦، والمدخل إلى نظرية الالتزام العامة للزرقا ص١٣٩، ومجلة الأحكام العدلية المادة: (١٤٥-١٤٦)، وضمان المتلفات لسليمان محمد أحمد ص١٠٩-١١٢، ونظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص١٦١.

(3) انظر نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص١٦١.

١- أنه لا ضمان ولا تعويض عند الحنفية على من ذبح شاة قصاب شدها للذبح أو ذبح أضحية غيره بلا إذنه في أيامها[١]، أو ذبح شاة لآخر لا ترجى حياتها[٢].

٢- ومن غصب جارية فهزلت، أو نسى العبد الصنعة التي كان يعرفها ثم عاد كل منهما إلى ما كان عليه بأن سمنت الجارية وعرف العبد الصنعة، فإنه لا شيء على الغاصب عند المالكية حينئذٍ وليس للمالك إلا عين شيئه لحصول الجبران[٣].

٣- وعند الشافعية أن من جنى على لسان أحد فذهب كلامه وقضى عليه بالدية، ثم عاد الكلام وجب رد الدية قولاً واحداً، لأن الكلام إذا ذهب لم يعد، فلما عاد علمنا أنه لم يذهب، وإنما امتنع لعارض[٤].

٤- وعند الحنابلة أن من عين أضحيته فذبحها غيره بغير إذنه أجزأت عن صاحبها، ولم يضمن الذابح شيئاً. نص عليه لأنها متعينة للذبح... وإراقة دمها واجب فالذابح قد عجل الواجب فوقع موقعه[٥] وأن من ذهب شمه ثم عاد قبل أخذ الدية سقطت، وإن كان بعد أخذها ردها، لأنا تبينا أنه لم يكن ذهب[٦].

وزيادة التعويض عن الضرر أو نقصانه أكل لأموال الناس بالباطل:

قال تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾[٧].

وقال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[٨].

---

[1] الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٤٣.

[2] مجمع الضمانات للبغدادي ص٣٣.

[3] الخرشي ١٣٩/٦.

[4] المهذب للشيرازي مع تكملة المجموع للمطيعي ٥١٠/٢٠.

[5] القواعد لابن رجب ص٢٣٧.

[6] المغني لابن قدامة ١١٩/١٢.

[7] سورة البقرة: الآية: (١٨٨).

[8] سورة النساء الآية: (٢٩).

وقد بين المفسرون معنى (أكل الأموال بالباطل) بألفاظ متقاربة منها:

١- أي: لا تأخذوا ولا تتعاطوا أموال بعضكم بعضاً بالباطل[١] أي بغير حق[٢].

٢- يعني: بما لا يحل شرعاً ولا يفيد مقصوداً[٣].

٣- أي: ولا يأكل بعضكم مال بعض بالوجه الذي لم يبحه الله تعالى[٤].

٤- أنه ــ أي الباطل ــ ما لم يكن في مقابلة شيء حقيقي وهو من الباطل والبطلان، أي: الضياع والخسارة فقد حرمت الشريعة أخذ المال بدون مقابلة حقيقية يعتد بها ورضى ممن يؤخذ منه[٥].

فلا يجوز ــ بناء على ذلك ــ الزيادة أو النقصان في مقدار التعويض عن الضرر الواقع فعلاً، لأن هذا من أكل أموال الناس بالباطل لأنه أخذ مال دون مقابل. قال ﷺ : (فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا)[٦].

فأخذ المال دون حق اعتداء محرم كحرمة الاعتداء على النفس دون سبب شرعي، وتعدي المتضرر بأخذ أكثر من حقه محرم فهو من أكل أموال الناس

---

(1) انظر أحكام القرآن لابن العربي ١٣٨/١، وأحكام القرآن للجصاص ٢٥٠/١-٢٥١، وتفسير الطبري ١٨٩/٢، وفتح القدير للشوكاني ١٨٨/١، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٢٤/١.

(2) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٢٤/١، وتيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان لابن سعدي ص٧٠.

(3) أحكام القرآن لابن العربي ١٣٨/١.

(4) تفسير البيضاوي ص٤٠، قال الطبري بالباطل أي بالربا والقمار والبخس والظلم تفسير الطبري ٣٣/٤.

(5) تفسير المنار لرشيد رضا ٤٠/٥.

(6) أخرجه البخاري في كتاب الأضاحي باب من قال: الأضحى يوم النحر صحيح البخاري ومعه فتح الباري ١٢١/١١، ومسلم في كتاب القسامة باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال صحيح مسلم بشرح النووي ١٦٩/١١.

بالباطل، لأنه ليس في مقابل شيء[١] وهو محل إجماع[٢] بل حتى لو حكم الحاكم[٣] بالعوض زائداً عن الضرر الواقع بناء على لحن المتضرر فلا يحل له ذلك الزائد متى ما علم المدعي بطلان دعواه[٤]. قال تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾[٥] فإن حكم الحاكم لا يبيح محرماً، ولا يحل حراماً، إنما يحكم على نحو مما يسمع وإلا فحقائق الأمور باقية، فليس في حكم الحاكم للمبطل راحة، ولا شبهة، ولا استراحة. فمن أدلى إلى الحاكم بحجة باطلة وحكم له بذلك، فإنه لا يحل له، ويكون آكلاً لمال غيره بالباطل والإثم، وهو عالم بذلك فيكون أبلغ في عقوبته، وأشد في نكاله[٦].

---

(1) انظر المحلى لابن حزم ٩/١١، وتفسير المنار لرشيد رضا ٤٠/٥، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٢٥/٢، والتعويض عن الضرر لبوساق ص١٦٨، والتعويض عن الضرر للزحيلي ص٢٣.

(2) انظر مواهب الجليل للحطاب ٢٧٣/٥، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٢٧/٢.

(3) لأن التعويض عن الضرر غالباً يتم بواسطة حكم الحاكم انظر التعويض عن الضرر لبوساق ص١٦٧، والتعويض عن الضرر للزحيلي ص٢٢.

(4) انظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٢٦/٢، وأحكام القرآن للجصاص ٢٥١/١، وتفسير الطبري ١٩٠/٢، وأحكام القرآن لابن العربي ١٣٩/١، وفتح القدير للشوكاني ١٨٨/١، وأحكام القرآن للكيا الهراسي ٧٦/١، وتيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان لابن سعدي ص٧٠، والإقناع لابن المنذر ٥١٠/٢، والمحلى لابن حزم ٥١٦/٨، وفتح الباري لابن حجر ٣٥٧/١٤، وهذا محل إجماع. انظر أحكام القرآن لابن العربي ١٣٩/١، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٢٦/٢، وفتح القدير للشوكاني ١٨٨/١، والإجماع لابن المنذر ص٦٢، وشرح النووي على مسلم ٦/١٢، قال ﷺ : (إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار) أخرجه البخاري في كتاب الحيل صحيح البخاري ومعه فتح الباري ٣٥٦/١٤-٣٥٧، ومسلم في كتاب الأقضية باب بيان أن حكم الحاكم لا يغير الباطن صحيح مسلم بشرح النووي ٤/١٢-٥.

(5) سورة البقرة الآية (١٨٨).

(6) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان لابن سعدي ص٧٠-٧١.

المبحث الثالث

الضرر الذي يعوض عنه

لم يختلف العلماء في التعويض عن الأضرار المادية (الحسية) ـــ البدنية والمالية ــ لكن وقع الخلاف في التعويض عن الأضرار الأدبية والمعنوية ونحوها وفي هذا المبحث سأبين حكم التعويض عن هذه الأمور.

المطلب الأول: التعويض المالي عن الأضرار المعنوية ــ الأدبية ــ[1].

تحرير محل النزاع:

إذا أدى الضرر المعنوي إلى ضرر مادي، خرج عن محل النزاع، لأن الضرر هنا ضرر مادي، كمن غصب بستاناً فيبس الزرع بسبب الغصب، لكن محل النزاع إذا لم يؤد الضرر المعنوي إلى ضرر مادي كما لو لم ييبس الزرع في البستان المغصوب ولم يقع ضرر مادي آخر. فهل يعوض عن مجرد الغصب؟ أم يكفي إرجاع البستان وعقوبة الغصب موكولة إلى ولي الأمر هذا محل النزاع.

والذي جرى عليه العلماء في الفقه الإسلامي[2] أنه لا تعويض مالي عن الأضرار المعنوية إذ لم يعوضوا عن مجرد السرقة، والغصب، والنهب مع ما

---

(1) انظر معنى الضرر المعنوي والأدبي ص١٦١ .

(2) أقرت القوانين التعويض المالي عن الأضرار المعنوية والأدبية كالقذف، ومجرد الغصب دون ضرر مادي وقد حصل خلاف في بداية الأمر بين رجال القانون حول التعويض عن الأضرار الأدبية لكن ما استقر عليه الأمر أخيراً هو التعويض. انظر الحق في التعويض للحمادي ص١٧٤-٢٢٢ وما بعدها، والوسيط للسنهوري ٨٦٨/١، والضرر لموافي ١٠٢٨/٢، ومشكلات المسؤولية المدنية =

فيها من الإيلام وإنما فيها الحد إذا استجمع شروطه، أو التعزير لما دون الحد بل إن القذف وهو من أبلغ الأضرار المعنوية، لأنه اعتداء على العرض لــيس له إلا الحد، ولا يعوض عنه بالمال. كذلك الشتم بمــا دون القــذف عقوبتــه تعزيرية ولا مدخل للتعويض فيه[1] وقد نُقل إجماع المذاهب على هذا الرأي[٢].

وقد اختلف الباحثون المعاصرون في حكم التعويض المــالي عــن الأضــرار المعنوية ــ الأدبية ــ على قولين:

الأول: عدم جواز التعويض المالي عن الأضرار المعنوية والأدبية[٣]. وهو ما نص عليه قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة ١٤٢١هــ. رقم: ١٠٩ (١٢/٣)[٤] حيث جاء في الفقــرة الخامسة منه: (الضرر الذي يجوز التعويض عنه ــ أي بالشرط الجزائــي ــ يشمل الضرر المالي الفعلي وما لحق المضرور من خسارة حقيقية وما فاته من كسب مؤكد ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي).

ومن أبرز أدلتهم ما يلي:

= لمحمود جمال الدين زكي ص٧٢، والوافي لسليمان مرقس ١٥٨/٢، ومصادر الالتزام لعبد المنعم الصدة ص٤٩٢.

(1) انظر التعويض عن الضرر للزحيلي ص١٢، والضمان للخفيف ص٤٥، والضرر لموافي ١٠٢٣/٢ والتعويض عن الضرر لمحمد بوساق ص٢٩-٣٤، والفعل الضار للزرقا ص١٢١، والحق في التعويض للحمادي ص١٧٩، ونظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص٩٢، ونظرية تحمل التبعة للبعلي ص٢٢٨.

(2) انظر الضمان للخفيف ص٤٥، ونظرية تحمل التبعة للبعلي ص٢٢٨.

(3) انظر الضمان للخفيف ص٤٥، والضرر لموافي ١٠٢٣/٢، والفعل الضار للزرقا ص١٢٦، والتعويض عن الضرر لبوساق ص٣٧-٣٨، ونظرية الضمان لفيض الله ص٩٢، والتعويض عن الضرر للزحيلي ص١٢، والحق في التعويض للحمادي ص١٧٩.

(4) انظر القرارات والتوصيات الصادرة عن الدورة الثانية عشرة للمجمع ١٤٢١هــ ص٦.

١- أن الإجماع منعقد بين الفقهاء الأولين على عدم جواز التعويض المالي عن الأضرار الأدبية وإنما الحد، أو التعزير[١] والقــذف، والغــصب، والــسرقة، والنهب خير شاهد على ذلك[٢]، فهي من أشد الأمور إيلاماً لنفــوس المجنـــي عليهم ومع ذلك لا يستحقون تعويضاً مالياً إذا لم يترتب عليها فوات مـــال، أو منافعه فمن باب أولى أن لا يستحق ما هو أقل منها كالتأخير في تنفيــذ العقــد الذي لم يترتب عليه ضرر مادي (حسي) التعويض[٣].

٢- أن قواعد الشريعة تأبى التعويض المالي عن الضرر الأدبي والمعنوي ذلك أن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض وذلك بإحلال مال محل مـــال فاقد مكافئ، لرد الحال إلى ما كانت عليه، إزالة للضرر وجبراً للنقص، وذلك لا يتحقق إلا بإحلال مال محل مال مكافئ له، ليقوم مقامه ويسد مسده، حتـــى وكأنه لم يضع على صاحب المال المفقود شيء وليس ذلك بمتحقق في الضرر الأدبي والمعنوي[٤].

٣- أن إعطاء المال في هذا النوع من الضرر لا يرفعه، ولا يزيله فأخذ المال فيه عند جرح الشعور، أو ثلم الشرف لا يعود بهما إلى ما كانا عليه من سلامة. وآخذ المال في نظير امتناع من تعاقد معه على أن يقوم له بتنفيذ ما التزم به لا تزول به آثار ذلك الامتناع، ولا يصير به الممتنع قائماً منفذاً لالتزامه. فالواجب فيه التعزير بما يراه الحاكم وقاية وزجراً وقواعد الفقه الإسلامي لا تأبى ذلــك بل تأمر به إذا ما اقتضته المصلحة العامة[٥].

---

(1) انظر الضمان للخفيف ص٤٥.

(2) انظر الإجماع لابن المنذر ص١١٣، والمغني لابن قدامة ٣٦٠/٧-٥٢٣/١٢.

(3) انظر الضمان للخفيف ص١٩-٤٥.

(4) انظر الضمان للخفيف ص٤٥، والتعويض عن الضرر للزحيلي ص٨٢.

(5) انظر الضمان للخفيف ص٤٥.

٤- أن الضرر المعنوي ليس فيه خسارة مالية، وهو شيء غير محسوس وغير ممكن تحديده وتقديره، ولا يترك آثاراً ظاهرة في الجسم. والتعويض في الفقه الإسلامي لا يكون إلا عن ضرر مالي واقع فعلاً، أو ما في حكمه، كنقص في جزء من أجزاء الجسم البشري، أو تشويه في خلقته. فالتعويض المالي إذاً شرع لمقابلة مال ضائع على المضرور أو بدلاً عن القصاص إذا تعذر إجراؤه، لكون الضرر وقع خطأ ، أو عفا المجني عليه ، أو وليه ، أو لأسباب أخرى ، لأن الضرر في هذه الحالة تسبب في فقد شيء محسوس وغالباً ما يتبع الضرر الجسمي خسارة مالية[1].

فيكون التعويض المالي عن الضرر المعنوي أخذ مال دون مقابل فيكون أكلاً لأموال الناس بالباطل[2] قال تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[3].

٥- أن التعويض عما يشين الإنسان في عرضه بالمال يعتبر من باب الأخذ على العرض مالا، وهذا لا يجوز، ولذلك لا يجوز أن يصالح المقذوف من قذفه على مال. جاء في مواهب الجليل: (ومن صالح من قذف على شقص أو مال لم يجز، ورد ولا شفعة فيه، بلغ الإمام أم لا، لأنه من باب الأخذ على العرض مالاً)[4] فالأعراض لها مكانتها الخطيرة عند المسلمين وجعلها محل تعويض مالي أمر تأباه الفطر السليمة[5].

---

(1) التعويض عن الضرر لمحمد بوساق ص٣٤-٣٥.

(2) انظر الضمان للخفيف ص٤٥.

(3) سورة النساء الآية: (٢٩).

(4) مواهب الجليل للحطاب ٣٠٥/٦.

(5) التعويض عن الضرر لبوساق ص٣٤.

٦- أن الضرر المعنوي لا يجبره التعويض المالي، ولذلك وضعت له الشريعة الإسلامية ما يناسبه من الحد والتأديب وهذا تعويض كاف، يزيل آثار الضرر، ويشفي غيظ المتضرر، ويزيل العار عنه، ويعيد له اعتباره[1].

٧- أن إقرار التعويض المالي عن الأضرار الأدبية، والمعنوية يؤدي إلى الاضطراب، وعدم المساواة بين الناس فكيف يوفق بين ألم الشريف، وألم الفقير وألم الصغير، وألم الكبير[2].

القول الثاني: جواز التعويض المالي عن الأضرار المعنوية والأدبية[3].

ومن أبرز أدلتهم ما يلي:

١- أن قواعد الشرع لا تأبى تقرير التعويض عن الضرر الأدبي ولا يقال: إن التقوم يعتمد الإحراز، والإحراز يعتمد البقاء، ولا بقاء للأعراض، والضرر الأدبي عرض، لأن هذا رأي من لم يقل بتقوم المنافع، ولكن الأرجح تقومها، ويقاس على المنافع المعنوية المضار المعنوية في التقوم، بجامع أن كلاً منهما عرض لا بقاء له، صيانة لأعراض الناس، يؤيد هذا أن الشريعة قد حرمت الإضرار والإيذاء بشتى صوره. وأما أن الشريعة قد شرعت الحد لجريمة القذف وهو ضرر معنوي فلا يمنع هذا أن يعوض عن الأضرار المعنوية التي هي دون ذلك بالمال إزالة للضرر بقدر الإمكان[4].

---

[1] التعويض عن الضرر لبوساق ص٣٥، وانظر الفعل الضار للزرقا ص١٢٦.

[2] انظر الضمان للخفيف ص٤٦.

[3] انظر ضمان العدوان لمحمد سراج ص٣٤١-٣٧٩، ونظرية الضمان لفيض الله ص٩٢، ونظرية التعسف في استعمال الحق للدريني ٢٩٠، والمسؤولية المدنية والجنائية لشلتوت ص٣٥.

[4] انظر نظرية التعسف في استعمال الحق للدريني ص٢٩٠، والضرر لموافي ١٠٢٤/٢.

وأجيب عنه:

بأن هذا قياس مع الفارق فالمقيس عليه وهو المنافع أموال[1] فلا يقـاس عليـه الضرر المعنوي المجرد عن الضرر المالي.

٢- استشهدوا ببعض أقوال الفقهاء التي رأوا أنها تؤيد القول بجواز التعويض عن الأضرار المعنوية ومنها ما يلي:

أ- أن الإمام محمد بن الحسن قال في الجراحات التي تندمل دون أن يبقـى لها أثر إنه : (يجب فيها حكومة عدل بقدر ما لحق المجروح من الألم)[٢] فهذا تقدير للألم بالمال[٣].

ب- نقل ابن قدامة: أن قطع حلمتي الثديين عند مالك والثوري توجب ديتهما إن ذهب اللبن، وإلا وجبت حكومة بقدر شينه. أي بقدر العيب الجسدي الذي يصيب المرأة[٤].

ج- وجاء في مجمع الضمانات: ولو شج رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثـر، ونبت الشعر، سقط الأرش عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: عليه أرش الألم وهو حكومة عدل[٥].

---

[1] أن المنافع أموال هذا قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة انظر حاشية الدسوقي ٤٤٢/٣-٤٤٨، وشرح حدود ابن عرفة للرصاع ٤٦٩/٢، وروضة الطالبين للنووي ١٢/٥، وتخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص١٩٨، والمغني لابن قدامة ٤١٧/٧، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ١٨٢/٤، وذهب الحنفية في المشهور عنهم إلى أنها ليست أموالاً انظر بدائع الصنائع للكاساني ١٢/٥، وتبيين الحقائق للزيلعي ٢٣٤/٥، وانظر في الاستدلال والمناقشة وترجيح رأي الجمهور التقويم للخضير ص١٧٦ وما بعدها.

[2] المبسوط للسرخسي ٨١/٢٦.

[3] انظر الضرر لموافي ١٠٢٤/٢.

[4] المغني ١٤٢/١٢-١٤٣.

[5] مجمع الضمانات للبغدادي ص١٧١، وانظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٣٧٦/٥ والمبسوط للسرخسي ٨١/٢٦.

وجه الاستدلال من هذه الآثار:

أن الفقهاء في هذه الآثار قرروا التعويض المالي عن مجرد الألم وهو ضـــرر أدبي فليس كل الفقهاء على عدم التعويض المالي عن الضرر الأدبي فيكون هذا أصلاً في القول بالتعويض المالي عن الضرر المعنوي ــ الأدبي ــ في غيــر هذه الصور[1].

والجواب عنه:

أما ما نقله ابن قدامة فلا وجه لإيراده أصلاً لأن الضرر ضرر مادي (جسدي) وأما ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد، فإن الألم الناتج عن الجرح، والشج ليس ضرراً معنوياً ــ أدبياً ــ خالصاً فهذا النوع من الضرر نتج عن فعــل مــادي وهذا مسوغ للتعويض عنه باعتباره ضرراً مادياً جسدياً قد يؤدي إلى خــسارة مالية فهو خارج محل النزاع ، ثم إنه قد يعطل عن العمل بل ويؤدي إلى أجرة الطبيب، وثمن الدواء فلا يجوز اتخاذه أصلاً للقول بــالتعويض المــالي عــن الضرر المعنوي كيف وهو قول فقيهين فقط[2]. ومما يؤيد أن التعويض المراد في قول أبي يوسف ليس عن الضرر الأدبي ــ المعنــوي ــ مــا جــاء فــي المبسوط في تفسير مراده: (وعن أبي يوسف ــ رحمــه الله ــ يرجــع علــى الجاني بقدر ما احتاج إليه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء حتى اندملت)[3].

فالأمثلة الفقهية جميعاً التي استشهدوا بها على التعويض عن الــضرر الأدبــي ليست من الضرر الأدبي في شيء، فالألم والشين، وفوات الزينــة الطبيعيــة

---

[1] انظر التعويض عن الضرر لبوساق ص٣٦، والضرر لموافي ١٠٢٥/٢، وضمان العدوان لسراج ص٣٣٣-٣٤١.

[2] انظر التعويض عن الضرر لبوساق ص٣٧.

[3] المبسوط للسرخسي ٨١/٢٦.

بفقدان الشعر كلها أضرار مادية لا نزاع في جواز التعويض المالي عنهـــا ولا تصلح بحال للاحتجاج شرعاً على التعويض المالي عن الضرر الأدبي[١].

٣- أن الواجب في الضرر المعنوي التعزير وقد ثبتـــت مـــشروعية التعزيـــر بالعقوبات المالية[٢].

وأجيب عنه:

بأن التعزير المالي موضع خلاف[٣] وعلى التسليم بجـــوازه فإنـــه مـــن بـــاب العقوبات الزاجرة لا من باب التعويض المالي عن الضرر الـــذي هـــو مـــن الجوابر فاستدلالكم خارج محل النزاع[٤].

٤- أنه ليس المقصود بالتعويض مجرد إحلال مال محل مال، بل يـــدخل فـــي الغرض منه المواساة إن لم تكن المماثلة ومن أظهر تطبيقات ذلك الدية وأرش الجراح والشجاج[٥].

وأجيب عنه:

بأن الدية وأرش الجراح تعويض عن ضرر مادي فاستدلالكم خارج محل النزاع[٦].

٥- أن القول بعدم التعويض عن الضرر الأدبي يفتح الباب علـــى مـــصراعية للمعتدين على أعراض الناس وسمعتهم[٧].

---

(1) الفعل الضار للزرقا ص١٢٣.

(2) انظر ضمان العدوان لسراج ص٣٤٢، والضرر لموافي ١٠٢٥/٢-١٠٢٦، والتعويض عن الضرر لبوساق ص٣٧، والتعويض عن الضرر للزحيلي ص١٢.

(3) انظر ص١٥٣.

(4) انظر التعويض عن الضرر لبوساق ص٣٧-٣٨، والضرر لموافي ١٠٢٦/٢.

(5) انظر الفعل الضار للزرقا ص١٢٥.

(6) انظر الفعل الضار للزرقا ص١٢٥.

(7) انظر الفعل الضار للزرقا ص١٢٥.

وأجيب عنه:

أن هذه حجة واهية بل موهومة لأن عدم التعويض المالي عن الضرر الأدبي لا يعني أن الشريعة لم تضع العقوبات الرادعة، بل وضعت العقوبة الرادعة المناسبة للأضرار الأدبية والمعنوية والكفيلة بردع الجناة على أعراض الناس وسمعتهم وهي حد القذف والتعزير[1].

- الترجيح:

والراجح ــ والله أعلم ــ هو القول الأول لقوة أدلته، واعتمادها على ما أقرته الشريعة، وجرت به، وضعف أدلة القول الثاني وأن معظمها خارج محل النزاع.

ولا عبرة بأخذ القانون بمبدأ التعويض المالي عن الأضرار الأدبية[2] فالنظرة فيه مادية فردية. أما الشريعة فراعت الفرد والجماعة وراعت الجسد والروح فليس كل شيء يمكن أن يعوض بالمال ثم إن القول بالتعويض المالي عن الأضرار الأدبية والمعنوية يؤدي إلى الإغراق في التعويضات المالية دون ضابط مما يؤدي إلى الاضطراب والوقوع في التعويض وفق الهوى والتشهي دون ضابط ظاهر ولا أدل من وقوع القانون الوضعي في التعويضات المضحكة فالتعويض عن الأثر النفسي الذي يخلفه موت كلب الغني ليس كأثر

---

(1) انظر الفعل الضار للزرقا ص١٢٥.

(2) انظر الحق في التعويض للحمادي ص١٧٤-٢٢٢، والوسيط للسنهوري ٨٦٨/١، والضرر لموافي ١٠٢٨/٢، والوافي لمرقس ١٥٨/٢، والقانونيون رغم إقرارهم لمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي والمعنوي ــ المتضمن مجرد الإخلال بالعقود ــ يعترفون بصعوبة تقييم الآلام النفسية إذ إن الآلام النفسية هي تفاعلات سيكولوجية وبيولوجية يغيب كثير من نتائجها عن المتخصصين. انظر الحق في التعويض للحمادي ص٢٢٢-٢٢٤.

موت كلب الفقير، وقطع يد الغني ليس كقطع يد الفقير في القانون الانجليــزي بناء على أن التعويض يقاس على أساس معدلات الكسب السابقة على الإصابة وما كان يستطيع المتضرر كسبه لنفسه، ولأفراد أسرته لــو لــم تقــع هــذه الإصابة[١].

يقول الدكتور مصطفى الزرقا في ترجيحه عدم التعويض المالي عن الأضرار المعنوية والأدبية: (وخلاصة القول أننا لا نرى مبرراً استــصلاحياً لمعالجــة الإضرار الأدبي بالتعويض المالي، مادامت الشريعة قد فتحت مجــالاً واســعاً لقمعه بالزواجر التعزيرية، ولم نر في الاستدلال عليه من الشريعة حجة مقنعة على تبدل في أنماط الحياة المعاصرة يجعل الاستمرار في قمعه تعزيراً غيــر ذي جدوى، بل الأمر بالعكس، فإن قبول مبدأ التعويض المالي عن الأضــرار الأدبية له محذور واضح هو أن مقدار التعويض اعتباطي محض لا ينــضبط بضابط. بينما يظهر في أحكام الشريعة الحرص على التكافؤ الموضوعي بــين الضرر والتعويض، وهذا متعذر هنا وكثيراً ما نسمع ــ فندهش فــي أخبــار الدعاوى والأقضية الأجنبية ــ أرقاماً بالملايين لقاء مزاعم أضرار أدبية فــي منتهى التفاهة!!)[٢] وهذا من الأدلة الظاهرة على قصور العقل البــشري عــن وضع قانون يصلحه لجهله بنفسه فضلاً عن غيره فلا بديل عــن شــريعة الله الخالق سبحانه وتعالى الذي هو أعلم بما يصلح المخلوق، لأنه خالقه ﴿ أَفَحُكْمَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ يَبْغُونَ ۚ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ ٱللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾[٣].

---

(1) انظر ضمان العدوان لسراج ص٣٣١.

(2) الفعل الضار للزرقا ص١٢٤.

(3) سورة المائدة الآية (٥٠).

المطلب الثاني: حكم التعويض المالي عن مجرد الامتناع عن تنفيذ العقد، أو التأخر في التنفيذ[1].

تحرير محل النزاع:

إذا أدى التأخر وعدم التنفيذ إلى ضرر مادي فليس هذا مراداً هنا[2]. قال شيخ الإسلام ابن تيمية ــ رحمه الله ــ: إذا كان الذي عليه الحق قادراً على الوفـــاء ومطله حتى أحوجه إلى الشكاية، فما غرمه بسبب ذلـــك فهـــو علـــى الظـــالم المماطل، إذا غرمه على الوجه المعتاد[3]. يدل لذلك قول النبي ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)[4] كذلك إذا كان التأخر وعدم التنفيذ لسبب قـــاهر يعـــذر بـــسببه

---

[1] المسألة هنا تشمل جانب الديون وغيرها كما لو تأخر المقاول في تنفيذ العقد في الوقت المحدد، أو مكتب الاستقدام في إحضار العمالة في وقتهم المعين ويعبر عن التأخر في جانب الديون بمطل الغني وأول من نقل عنه رأي في مسألة التعويض عن مطل الغني هو بدر الدين القرافي الذي نص على عدم جوازه. انظر أحكام بيع التقسيط للعثماني ضمن بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص٤٠، وبيع التقسيط للمصري ص٦١، وهل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟ للزرقا مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد٢، ١٤٠٥، ص٨٩-٩٧، حيث قال القرافي: (مطل الغني لا يوجب زيادة في الدين، وله طلبه عند الحاكم، وأخذه منه جبراً، كيف وقد دخل المعاملة معه على أن يتقاضى حقه منه كما دفعه) منح الجليل على مختصر خليل لمحمد عليش ٥٣٢/٤.

[2] انظر تعليق زكي شعبان على بحث الزرقا (هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض...؟) مجلة الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة المجلد الأول ١٤٠٩هــ ص١٩٨. ورأي آخر في مطل الغنى لمحمد زكي عبد البر ــ مجلة الاقتصاد الإسلامي ــ جامعة الملك عبد العزيز المجلد الثاني ١٤١٠ ص١٥٦، وبيع التقسيط للتركي ص٣٢٢.

[3] مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ٢٤/٣٠-٢٥، وانظر الفروع لابن مفلح ٢٩٢/٤، والإنصاف للمرداوي ٢٣٥/١٣، وفتاوى الشيخ محمد بن إبراهيم ٥٤/١٣-٥٥.

[4] الحديث روى مرسلاً وروي مرفوعاً من حديث عبادة بن الصامت، وابن عباس، وأبي سعيد الخدري، وأبي هريرة، وجابر، وعائشة، وثعلبة بن أبي مالك القرظي، وابن لبابة ﷺ فأخرجه مرسلاً مالك في كتاب الأقضية باب القضاء في المرفق الموطأ بشرح الزرقاني ٤٠/٤، ومرفوعاً ابن ماجة =

كالإعسار[1] فهذا خارج محل النزاع لقوله تعالى ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[2] ومحل النزاع هو إذا لم يؤد التأخر، أو الامتناع إلى ضرر مادي وكان التأخر دون سبب مقبول مما أدى إلى ألم نفسي، أو فوات فرصة محتملة، أو كسب محتمل[3] وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في ذلك على قولين:

١- الأول: أن مجرد التأخر أو عدم التنفيذ لا يوجب التعويض المالي وإنما يعالج بتعزير الحاكم له وإجباره على التنفيذ[4].

= في كتاب الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره سنن ابن ماجة ٧٨٤/٢، والدارقطني في كتاب الأقضية والأحكام ٢٢٧/٤-٢٢٨، والبيهقي في كتاب آداب القاضي باب ما لا يحتمل القسمة السنن الكبرى ١٣٣/١٠، والحاكم في كتاب البيوع المستدرك ٦٦/٢، وقال: (حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه) ووافقه الذهبي في تلخيصه بذيل المستدرك، وأحمد في المسند ٣١٣/١، ٣٢٧/٥، والطبراني في الكبير ٢٢٨/١١، والحديث لا تخلو طرقه الكثيرة من مقال لكنه بمجموعها لا يقل عن درجة الحسن، فطرقه تقوي بعضها بعضاً.

قال النووي: (حديث حسن... وله طرق يقوي بعضها بعضاً) الأربعين النووية ص٦٧، قال ابن رجب بعد أن ذكر قول النووي السابق: (وهو كما قال) جامع العلوم والحكم ٢٠٧/٢، وقال ابن الصلاح: (هذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه ومجموعها يقوي الحديث ويحسنه وقد تقبله جماهير أهل العلم واحتجوا به) جامع العلوم والحكم ٢١١/٢، وقال الألباني: (فهذه طرق كثيرة لهذا الحديث قد جاوزت العشر وهي وإن كانت ضعيفة مفرداتها فإن كثيراً منها لم يشتد ضعفها فإذا ضم بعضها إلى بعض تقوى الحديث بها، وارتقى إلى درجة الصحيح إن شاء الله تعالى) إرواء الغليل ٤١٣/٣، وانظر للاستزادة الهداية في تخريج أحاديث البداية للغماري ١٠/٨-١٤، والتعليق المغني على الدارقطني للعظيم آبادي ٢٢٧/٤-٢٢٨، ومصباح الزجاجة للبوصيري ٢٢١/٢.

[1] انظر استيفاء الديون للمزيد ١٩٨/١، وفتح الباري لابن حجر ٢٩/٥-٣٠، وأحكام البيع بالتقسيط للعثماني من بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص٣٧.

[2] سورة البقرة الآية: (٢٨٠).

[3] التعويض عن فوات الفرصة المحتملة، أو الكسب المحتمل هو من أسباب الخلاف في هذه المسألة فمن أجاز التعويض عنهما أجازه عن مجرد التأخير ومن لم يجزه لم يجزه هنا.

[4] انظر النظريات الفقهية للدريني ص١٩٦-٢٢٦، ونظرية التعسف للدريني ص٢٩، والنظرية العامة للالتزامات في الفقه الإسلامي لشفيق شحاته ص٩١، والضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص١٧-١٩-١٥٩، والمقارنات التشريعية سيد عبد الله حسين ٣٠٠/٢، ومصادر الحق للسنهوري ١٨٨/٦، والمقارنات والمقابلات لمحمد حافظ صبري ص٢٢، وأحكام البيع بالتقسيط للعثماني ص٤٠، ضمن =

ومن أبرز أدلتهم ما يلي[1]:

١- الدليل الأول: قولـــه تعالى: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾[2]

وجه الاستدلال:

أن الله سبحانه وتعالى لما أبطل الربا الذي كانوا يتعاملون به لم يقر للـــدائنين تعويضاً عما فاتهم من نفع أموالهم مدة بقائها في أيدي المدينين، فدل ذلك على أن الدائن لا يستحق تعويضاً عما فاته من الانتفاع بماله مدة المطل[3].

٢- الدليل الثاني: عن عمرو بن الشريد عن أبيه ــ ﵁ ــ قال رسول الله ﷺ: (لي[4] الواجد[5] يحل عرضه وعقوبته[6])[7].

= بحوث فقهية معاصرة، وبيع التقسيط للمصري ص١٥٣، وتعليق نزيه حماد على مقال الزرقا (هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض) مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي المجلد ٣ العدد(١) ١٤٠٥هــ ص١٠١، وتعليق زكي الدين شعبان على بحث الزرقا السابق المجلد الأول ١٤٠٩هــ ص١٩٧، وتعليق زكي عبد البر على بحث الزرقا مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي المجلد الثاني ١٤١٠ ص١٥٥، وقضايا فقهية معاصرة لحماد ص٣٥١ .

[1] ستشمل الأدلة التعويض عن التأخر في الديون وغيره.

[2] سورة البقرة الآية (٢٧٩).

[3] انظر استيفاء الديون للمزيد ٢٠٤/١.

[4] اللي: المطل. انظر فتح الباري لابن حجر ٣٤٢/٥، وهو تطويل المدة التي يضربها الغريم لصاحب الحق مأخوذ من مطلت الحديدة أمطلها مطلاً إذا مددتها. انظر لسان العرب لابن منظور ٦٢٤/١١، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٣١/٥، ومشكل الآثار للطحاوي ٤١٤/١.

[5] الواجد: الغني من الوجد بالضم بمعنى القدرة. انظر فتح الباري لابن حجر ٣٤٢/٥، وحاشية السندي على سنن النسائي ٣١٧/٧ ، وشرح السيوطي على سنن النسائي ٣١٧/٧.

[6] يحل عرضه: أي شكايته ووصفه بالظلم، وعقوبته: الحبس والتعزير. انظر فتح الباري لابن حجر ٣٤٢/٥، ومشكل الآثار للطحاوي ٤١٤/١-٤١٥، وحاشية السندي على سنن النسائي ٣١٧/٧، وشرح السنة للبغوي ١٩٥/٨، ومختصر سنن أبي داود للمنذري ٣٣٧/٥، والسنن الكبرى للبيهقي ٥١/٦، وشرح السيوطي على سنن النسائي ٣١٧/٧، ومنتقى الأخبار ومعه نيل الأوطار ٢٨٧/٥.

[7] أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية باب في الحبس في الدين وغيره سنن أبي داود ٤٥/٤-٤٦، والنسائي في كتاب البيوع باب مطل الغني سنن النسائي ٣١٦/٧-٣١٧، وابن ماجة في كتاب الصدقات =

وجه الاستدلال:

أن المطل قد وجد في عهد رسول الله ﷺ وتكرر بعده، ومع ذلك فقد ذكر ﷺ أن المطل يحل عرض المماطل وعقوبته ولم يقل إنه يحل ماله، ولو كان مــراداً لذكره كما لم يفسر أحد من الفقهاء العقوبة المذكورة في الحديث بأنها التعويض المالي للدائن، بل فسروا الحديث بأن العقوبة إما الحبس، أو الضرب أو بيــع ماله، وغير الديون كالديون في عقوبة المماطل[١].

ونوقش هذا الاستدلال:

بأنه وإن لم يرد عن أحد من أهل العلم أنه قال بوجوب تضمين المماطل إلا أنه لم يرد كذلك عن أحد منهم أنه منع منه. وقد قامت دلائل كثيرة علــى جــواز التعزير بالمال فما المانع من أن يكون التعويض عن ضرر المطل منها[٢].

والجواب من وجهين:

= باب الحبس في الدين والملازمة سنن ابن ماجة ٨١١/٢، والبيهقي في كتاب التفليس باب حبس من عليه الدين إذا لم يظهر ماله وما على الغني في المطل السنن الكبرى ٥١/٦، والطحاوي في مشكل الآثار ٤١٣/١، وابن حبان في صحيحه الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان لابن بلبان ٤٨٦/١١، وموارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان للهيثمي ص٢٨٣، وأحمد في المسند ٢٢/٤-٣٨٨، والحاكم في كتاب الأحكام المستدرك ١١٥/٤، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي في تلخيصه بذيل المستدرك ١١٥/٤، وعلقه البخاري في صحيحه صحيح البخاري مع فتح الباري ٣٤٢/٥ قال ابن حجر: (وإسناده حسن) فتح الباري ٣٤٢/٥، وحسنه الألباني في إرواء الغليل ٢٥٩/٥.

(1) المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء لنزيه حماد ص٢٩١، ورأي آخر في مطل الغني هل يلزم بالتعويض لمحمد زكي عبد البر مجلة الاقتصاد الإسلامي ــ جامعة الملك عبد العزيز المجلد الثاني ١٤١٠هــ ص١٥٨-١٥٩، وأحكام البيع بالتقسيط للعثماني ص٤٢، وبيع التقسيط للتركي ص٣٣٤، واستيفاء الديون للمزيد ٢٠٥/١.

(2) انظر بحث في أن مطل الغني ظلم يحل عقوبته وعرضه لابن منيع ص٢٥، وبيع التقسيط للتركي ص٣٣٤، واستيفاء الديون للمزيد ٢٠٥/١.

١- أن عقوبة المماطل من العقوبات التعزيرية التي يرجع النظر فيها إلى القاضي فيحكم بحسب ما يرى من ملابسات وما يكفي في ردع المماطل. أما جعل عقوبة المماطل عقوبة مالية لمصلحة الدائن فهذا يخرج العقوبة من كونها تعزيرية بالمال، إلى جعل التعويض المالي قانوناً سارياً لا يحتاج إلى نظر القاضي وتقديره كما هو شأن العقوبات التعزيرية[١]

٢- أن التعويض عن المطل لا يكاد يظهر فيه جانب العقوبة، لأن العقوبة من اختصاصات القضاء، أما في هذه الحالة فالذي يتولى العقوبة غالباً هو العاقد عن طريق الشرط وهذا غير معهود في الشريعة، فكما لا يجوز للدائن أن يعاقب بالحبس ولا بالضرب، فكذلك لا يجوز أن يعاقب بالتعويض المالي[٢].

٣- الدليل الثالث: أن تعويض الدائن تعويضاً مالياً عن مجرد التأخير هو صريح الربا (إما أن تقضي، أو تربي) فهو لا يختلف عن فوائد التأخير في البنوك[٣].

ونوقش: بالفرق بين تعويض الدائن عن التأخر، وبين فوائد التأخير ومن أبرز الفروق ما يلي:

١- أن فائدة التأخير ليست في مقابل شيء، أما التعويض هنا فهو مقابل تفويت الفرصة.

---

(1) بيع التقسيط للتركي ص٣٣٥، ورأي آخر في مطل الغني لمحمد زكي عبد البر ص١٥٨-١٥٩، وانظر استيفاء الديون للمزيد ٢٠٥/١.

(2) انظر رأي آخر في مطل الغني لمحمد زكي عبد البر ص١٥٨-١٥٩، وبيع التقسيط للتركي ص٣٣٥، وأحكام بيع التقسيط للعثماني ــ ضمن بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص٤٢.

(3) انظر استيفاء الديون للمزيد ٢٠٦/١، وبيع التقسيط للتركي ص٣٣٥، وأحكام بيع التقسيط للعثماني ص٤٢.

٢- أن فائدة التأخير مبنية على التراضي والاتفاق السابق فلا يسمى المتأخر مماطلاً ولا ظالماً، أما التعويض عن التأخير فهو مقابل المطل فهو ظلم، وتعد منه.

٣- أن نسبة فائدة التأخير معلومة مسبقاً بالاتفاق، أما التعويض فيحدد على أساس الأرباح المتوقعة خلال مدة التأخير.

٤- أن فائدة التأخير لا فرق فيها بين مدين واجد وبين مدين معسر، أما التعويض فلا يلزم إلا الموسر دون المعسر[١].

والجواب ما يلي:

أن الفروق المذكورة فروق صورية غير ذات أثر، فالحقيقة واحدة.

والجواب عن الفرق الأول: بأن فائدة التأخير هي في مقابل عدم الاستفادة من المال في الفترة المؤجلة وهي الحجة ذاتها التي يحتج بها القائلون بالتعويض[٢].

والجواب عن الفرق الثاني:

أن الربا ظلم وإن تم عن تراض، ثم إن المماطل إذا عوض الدائن أصبح محسناً لا ظالماً.

والجواب عن الفرق الثالث:

أن التفريق بكون فائدة التأخير متفقاً على مقدارها، والتعويض غير متفق على مقداره لا يصح أن يكون فرقاً مؤثراً، لأن الفرق حينئذٍ إنما هو في طريقة تقدير الزيادة وهو أمر غير مؤثر هنا.

والجواب عن الفرق الرابع:

---

(1) انظر أحكام بيع التقسيط للعثماني ص٣٩، وبحث في أن مطل الغني ظلم يحل عقوبته لابن منيع ص٢٤-٢٥.

(2) انظر بيع التقسيط للتركي ص٣٣٦، ومقدمة في علم الاقتصاد لصبحي ثادرس ومدحت العقاد ص٢٨٥.

بأن الربا ليس مختصاً بالمعسرين، بل إن ما يؤخذ من الموسرين لقاء تـــأخير الدين هو ربا صراح وليس من شرط الوقوع في الربا الوقوع في جميع أنواعه(١).

٤)- الدليل الرابع:

أن الغاصب، والسارق، والناهب لا يعوضون عن مجرد الغـصب والـسرقة والنهب مع عظيم خطورتها وأثرها على النفس البشرية، وتـضييعها للفـرص المحتملة ولا يعوضون إلا عن الأضرار المادية الحقيقية الواقعة على العين، أو منافعها، كذلك المدين المعسر لا يزاد عليه مقدار التأجيل إذا أيسر وإنما نظرة إلى ميسرة(٢). فمجرد التأخير أولى بعدم التعويض إذا لم يترتب ضرر حقيقي وهذا دليل على أن مبدأ التعويض عن مجرد التأخير لا تقره الشريعة(٣).

٥)- الدليل الخامس:

أن عدم قيام الملتزم بالتزامه يستلزم شرعاً إلزامه، وإجباره عليه فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزير إلى أن يمتثل. أما إلزامه علـى وجـه التعويض عما أحدثه بامتناعه من ضرر لا يتمثل في فقد مال فلا تبيحه القواعد الفقهية والأصول الشرعية التي تقضي بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعاً، أو في مقابلة مال أخذ أو أتلف وإلا كان أكلاً لـه بالباطل وعلى ذلك يكـون أخـذه تعويضاً عن ضرر لم يترتب عليه تلف لمال غير جائز شـرعاً، لأن أسـاس التعويض في نظر الفقهاء هو مقابلة المال بالمال، فإذا قوبل المال بغير مـال كان أكلاً له بالباطل(٤).

---

(1) انظر أحكام بيع التقسيط للعثماني ص٤٢-٤٣، وبيع التقسيط للتركي ص٣٣٧-٣٣٨.

(2) انظر فتح الباري لابن حجر ٥/٢٩-٣٠، وأحكام البيع بالتقسيط للعثماني ص٣٧.

(3) انظر أحكام البيع بالتقسيط للعثماني ص٤١، والضمان للخفيف ص٤٥.

(4) الضمان للخفيف ص١٩، وانظر النظريات الفقهية للدريني ص٢٢٦.

٦)- الدليل السادس:

أن مجرد التأخير ضرر معنوي[١] وقد سبق الاستدلال على عدم جواز التعويض المالي عن الأضرار المعنوية وترجيح هذا الرأي في المطلب السابق.

ونوقشت هذه الأدلة بما يلي:

١- أن أصحاب هذا القول متأثرون بمذهب الحنفية في عدم ضمان المنافع[٢] لذا قالوا بعدم التعويض عن عدم التنفيذ.

٢- ليس عدم تنفيذ العقود، أو التأخر فيها ضرراً معنوياً بل ضرر مالي[٣].

والجواب:

١- انه لو سلم أن بعض القائلين تأثر فيما ذهب إليه بمذهب الحنفية في المنافع، لكن لا يسلم بأن النتيجة وهي عدم التعويض عن عدم التنفيذ، أو التأخر إذا لم يؤد إلى ضرر مالي باطلة، إذ أنه لا علاقة بين المسألتين، فموضوع ضمان المنافع خارج محل النزاع، فالراجح ضمان المنافع، والراجح أيضاً

---

(1) انظر الضمان للخفيف ص٤٤.

(2) مسألة ضمان المنافع (كمن غصب داراً وفوت على صاحبها تأجيرها مدة من الزمن) يرجع الخلاف فيها إلى الخلاف في مالية المنافع وقد سبق أن أشرت إلى الخلاف بين الجمهور القائلين بأن المنافع أموال فهي مضمونة والحنفية القائلين بأن المنافع ليست أموالاً فلا يضمن فواتها. انظر ص١٧٤ والخلافات المالية لسعدي جبر ص٥١٣-٥١٤-٥١٥، لكن بعض متأخري الحنفية لما رأوا ما في هذا الرأي من تضييع لأموال الناس أفتوا بجواز ضمان المنافع، والإلزام بدفع أجر المثل في ثلاثة أشياء: وهي ١- منافع المال الموقوف سواء كان الوقف للسكن، أو غير ذلك من أنواع الاستغلال. ٢- ومنافع أموال الأيتام. ٣- وما كان معداً للاستغلال. فقد أوجبوا في ذلك التعويض إذا فاتت منافعها بالغصب أو الإتلاف. انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٤٣، ودرر الحكام في شرح غرر الأحكام للقاضي منلا خسرو ٢٦٧/٢-٢٦٨.

(3) انظر ضمان العدوان لسراج ص٥٩، والشرط الجزائي للحموي ص٢٠٨.

عدم التعويض المالي عن الأضرار المعنوية ومنها التأخير، وعدم التنفيذ إذا لم يؤديا إلى ضرر مالي وإنما يعزر المتأخر بالإجبار على التنفيذ[1].

٢- أما القول بأنه ضرر مالي، فإنه إن نتج عن التأخير ضرر مالي فالموضوع خارج محل النزاع[2].

القول الثاني: أن التأخير أو عدم التنفيذ يوجب التعويض المالي لأنه ضرر معتبر[3]. ومن أبرز أدلتهم ما يلي:

١)- الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾[4] وقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ ﴾[5] وقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾[6].

وجه الاستدلال:

أن الآيات جاءت بالأمر بالوفاء بالعقود، والحث على أداء الأمانات. مما يدل على أن المتأخر عن الوفاء بما وجب عليه من الالتزامات ظالم ومقصر بسبب حرمانه لصاحب الحق من الاستفادة من حقه بلا مسوغ وهو ضرر يجعل المتسبب فيه مسؤولاً بتعويض المتضرر[7].

---

(1) انظر الضمان للخفيف ص٤٥، والتعويض عن الضرر لبوساق ص٣٥.

(2) انظر بيع التقسيط للتركي ص٣٢٢.

(3) انظر ضمان العدوان لسراج ص٥٨، والشرط الجزائي للحموي ص٢٠٧، وبحث: (هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض) للزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثاني، العدد الثاني، ١٤٠٥هـ، ص٩٧، وبحث في أن مطل الغني ظلم يحل عقوبته وعرضه لابن منيع، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الثاني عشر ١٤١٢هـ ص٢٣.

(4) سورة المائدة الآية: (١).

(5) سورة المؤمنون الآية: (٨).

(6) سورة النساء الآية: (٥٨).

(7) هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض للزرقا ص٩١-٩٢.

وأجيب عن هذا الدليل:

بأنه لا دلالة في الآيات على محل النزاع وهو التعويض عن مجرد التأخر أو عدم التنفيذ وإنما فيها الحث على أداء الأمانات أما قولكم في وجه الاستدلال أن التأخر أو عدم التنفيذ أدى إلى ضرر فإن كان الضرر حقيقياً فهذا يسلم لكم، أما إن كان الضرر معنوياً بتفويت فرصة مظنونة، أو كسب محتمل فهذا هو محل النزاع فلا دلالة لكم فيه[1].

٢)- الدليل الثاني:

قول النبي ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)[2]

وجه الاستدلال:

أنه لا سبيل إلى إزالة الضرر الناتج عن المماطلة بالتأخر أو عدم التنفيذ إلا بالتعويض المالي. أما معاقبة المماطل بغير التعويض ــ كالحبس مثلاً ــ فلا يفيد المتضرر شيئاً وهذا كله عمل بقاعدة (الضرر يزال) المستمدة من الحديث[3].

وأجيب عن هذا الدليل بما يلي:

أ- أن الحديث لا يدل صراحة أو إشارة على أن إزالة ضرر المطل بالتأخير أو عدم التنفيذ يكون بالتعويض المالي ولو كان هذا النص يدل على أن ضرر مجرد التأخر أو عدم التنفيذ يزال بالتعويض المالي لكان ذلك واجباً، ولوجب على كل قاض أن يقضي بذلك، وعلى كل مفت أن يفتي به، ولكنه

---

(1) انظر استيفاء الديون للمزيد ٢٠١/١.

(2) سبق تخريجه انظر ص١٧٩-١٨٠.

(3) انظر هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض للزرقا ص٩٢.

لم يوجد في تاريخ الإسلام قاض، أو مفت حكم، أو أفتى بذلك مع كثرة قضايا المطل بعدم التنفيذ، أو التأخر في التنفيذ في كل عصر ومصر[1].

ب- أنه غير مسلم أنه لا سبيل إلى إزالة ضرر مجرد التأخر أو عدم التنفيذ إلا بالتعويض المالي بل هنالك الإجبار القضائي، والتعزير بالحبس والضرب وغير ذلك من الطرق الشرعية لإزالة ضرر المطل[2].

ج- أن العقوبات الشرعية ليس من شأنها الجبر بل الزجر، فقطع السارق لا يزيل الضرر عن المسروق وقتل القاتل لا يزيل الضرر عن المقتول وجلد الزاني، أو رجمه لا يزيل ضرر الزنا الواقع، فشأن العقوبة الزجر والردع، وليس التعويض، أو الجبر[3].

د- أما الاستدلال بقاعدة (الضرر يزال) فإن شرطها أن لا يزال الضرر بمثله ولا بما هو أشد منه إعمالاً للقاعدة الأخرى (الضرر لا يزال بمثله) فضرر مجرد التأخر، أو عدم التنفيذ محتمل، أو متوهم فلا يزال بضرر متحقق يلحق بالمماطل[4].

٣)- الدليل الثالث:

أن المدين المماطل بتأخيره أداء الدين عن ميعاده يعد في حكم الغاصب، لأنه حجب المال عن صاحبه بغير حق والغاصب يضمن منافع العين المغصوبة ـ

---

(1) أحكام البيع بالتقسيط للعثماني ص٤٠.

(2) انظر الطرق الحكمية لابن القيم ص٩٣، وصيانة المديونيات لشبير ضمن بحوث فقهية ٨٩٢/٢-٨٩٣، بل نقل ابن القيم الإجماع على جواز ذلك انظر الطرق الحكمية لابن القيم ص٩٣.

(3) انظر المؤيدات الشرعية لنزيه حماد ص٢٩٢.

(4) انظر المؤيدات الشرعية لنزيه حماد ص٢٩١-٢٩٢.

عند من قال بذلك ـ[1] سواء استوفاها، أو عطلها[2] فيلزم بدفع أجـرة المثـل للمنفعة مدة الغصب، فكذلك المدين المماطل يضمن منافع المال الثابت في ذمته للغير مدة التأخير وهو ما كان سيجنيه الدائن من ربح معتاد لو أنه قبض دينـه في موعده، واستثمره بالطرق المشروعة[3].

وأجيب عنه بما يلي:

أ- بأن هذا قياس مع الفارق، لأن منافع الأعيان المغصوبة التي يـصح ورود عقد الإجارة عليها، أموال متقومة في ذاتها، مملوكة ملكاً تاماً للمغـصوب منه، ويصح أخذ العوض عنها، وهي منافع متحققة لها أجرة المثل، فجاز المطالبة بالتعويض المالي عما فات منها، بخلاف الديون فمنافعها المفوتـة على الدائن لا تعد مالاً، ولا يصح مبادلتها بمال، وهي محتملة مظنونـة، وقابليتها للزيادة بالاستثمار غير محققة فقد يربح الدائن من الـدين الـذي يأخذه من المدين وقد يخسر بل قد لا يستثمره أصلاً لذا لم يجز التعـويض المالي عن مدة التأخير فيها، لأن مبدأ الضمان المالي في الشريعة قائم على

---

[1] انظر ص١٧٤ و ص١٨٦.

[2] مع اتفاق المالكية مع الشافعية والحنابلة على أن المنافع أموال وأنها مضمونة انظر ص١٧٤ فإن جمهور المالكية في مسألة الغصب فرقوا بين غصب الذات والتعدي على المنفعة. فإن تعدى على المنفعة فإنه يضمن المنافع مطلقاً، سواء استوفاها أم عطلها. أما إن غصب الذات فإنه يضمن المنافع إذا استوفاها، ولا يضمنها إذا عطلها. انظر حاشية الدسوقي ٤٤٨/٣ ، وبلغة السالك للصاوي ٣٧٧/٣، والشرح الكبير للدردير ٤٤٨/٣ ، إلا أن فريقاً من المالكية لم يفرق بل ورأى ضمان المنافع مطلقاً كقول الشافعية والحنابلة. انظر حاشية الدسوقي ٤٤٨/٣.

[3] انظر هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض للزرقا ص٩٤-٩٥.

أساس المماثلة بين الفائت وعوضه ولا مماثلة بين المنفعة المحتملة ــ الكسب المحتمل ــ وبين مقدار التعويض الذي سيأخذه[١].

ب- أن القائلين بتضمين الغاصب منافع العين المغصوبة مدة الغصب قد اشترطوا لذلك أن تكون المنفعة مما يصح أخذ العوض عنها وذلك بأن يكون المغصوب من الأعيان التي يرد عليها عقد الإجارة[٢].

وهذا الشرط غير متحقق في الأموال التي ماطل بها المدين إذا كانت من النقود كما هو الغالب في هذا الزمن، لأن النقود لا تصح إجارتها بالإجماع فلو غصبت فلا يضمن إلا المبلغ المغصوب فقط[٣] وبهذا يتضح أن ما فوته الغاصب من حق الانتفاع بالنقود لا يضمن في قول أحد من أهل العلم ونصوصهم صريحة في المنع منه. وعليه فلو سلم إلحاق المماطل بالغاصب فإن الغاصب لا يضمن إلا مقدار ما غصبه من النقود لا غير، ولا يضمن ما فوته من الربح المحتمل بحبسه مال التجارة عن مالكه[٤].

ج-أن هذا القول مبني على نظرية الفرصة الضائعة والكسب المتوقع وعلى اعتبار الربح المحتمل من النقود ربحاً حقيقياً وعلى أن النقود مدرة للربح بنفسها بحساب كل يوم، وهذا المبدأ إنما أقرته النظريات الربوية، ولا عهد للفقه الإسلامي به، ولو كان هذا المبدأ معتبراً في الإسلام لكان الغاصب، أو

---

(1) انظر استيفاء الديون للمزيد ٢٠٢/١-٢٠٣، والمؤيدات الشرعية لحماد ص٢٨٩-٢٩٠، وتعليق زكي شعبان على الزرقا ص٢٠٠.

(2) انظر فتح العزيز للرافعي ٢٦٢/١١، والمهذب للشيرازي ٣٦٧/١، والمقنع وشرحه المبدع لابن مفلح ١٨٥/٥، وكشاف القناع للبهوتي ١١١/٤.

(3) انظر مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد للقاري ص٤٣١، وروضة الطالبين للنووي ٥٩/٥.

(4) المؤيدات الشرعية لحماد ص٢٨٨-٢٨٩.

السارق أولى بتطبيقه عليه، ولكن لم يقل أحد بفرض أي تعويض مالي على غاصب النقود، أو سارقها، لكونه فوت ربحها على المغصوب منه في مدة الغصب، وإنما فرضت الشريعة الإسلامية عقوبة القطع على السارق دون أي تعويض مالي يضاف إلى النقود المسروقة، وهذا دليل على أن المبـــدأ المذكور لا تقره الشريعة الإسلامية وأن المدين المماطل لا يتجاوز مـــن أن يكون غاصباً فغاية ما يتصور في حقه أن تجري عليه أحكـــام الغـــصب، وليس فيها فرض تعويض مالي عليه، مع أن الغاصب قد فوت على صاحب الحق الربح المحتمل[١].

٤)- الدليل الرابع:

أنه إذا لم يلزم المماطل بالتعويض عن تأخير الأداء والتنفيذ فإن ذلك مشعر بأن الشريعة الكاملة تسوي بين الأمين المطيع المؤدي للحقوق في وقتهـــا، وبـــين الظالم العاصي في النتيجة. مما يشجع على المطل وتأخير الحقوق وهذا مخالف لمقاصد الشريعة، وسياستها الحكيمة قطعاً[٢].

وأجيب عنه:

بعدم التسليم بأن في القول بعدم إلزام المماطل بالتعويض عن التأخير تسوية بين المماطل والباذل، كيف وقد اعتبرت الشريعة الإسلامية المماطل ظالماً، وسنت عقوبات زاجرة لحمله على الوفاء كالحبس، والـــضرب، وأجـــازت الوســـائل المفضية إلى استيفاء صاحب الحق لحقه كالحجر على أموال المماطل وبيعهـــا ووفاء الحقوق منها أو من ثمنها[٣].

---

(1) أحكام البيع بالتقسيط للعثماني ص٤١

(2) انظر هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض للزرقا ص٩٢.

(3) انظر المؤيدات الشرعية لحماد ص٢٩٢-٢٩٤.

٥)- الدليل الخامس:

أن التعويض المالي يجب حتى في غير الضرر المالي كالضرر البدني، كالدية، وأرش الشجاج فيقاس عليه الضرر المعنوي ومنه التأخير في الوفاء بالعقود[١].

وأجيب عنه:

بأن التعويض المالي عن الضرر البدني مسلم لكنه لا يدل بحال على وجـوب التعويض المالي عن الأضرار المعنوية كالتأخير في تنفيذ العقود، فالقياس مـع الفارق، لأن الأضرار البدنية والمالية أضرار مادية ظاهرة، التعويض المـالي عنها منضبط والناس متساوون فيها خلافاً للأضرار المعنوية التي لا ضابط لها والناس مختلفون فيها سواء بتفاوت طبقاتهم، أو باختلاف تأثرهم فيؤدي هذا إلى عدم تساوي التعويض المالي عنها، وهو ظلم تتزه عنه الشريعة إلى غير ذلـك من الأضرار المترتبة على التعويض المالي عن الأضرار المعنويـة، كأكـل أموال الناس بالباطل بادعاء الضرر المعنوي فلا ضابط فيه ولا يمكن التحقـق من دعواه[٢].

٦)- الدليل السادس:

أن الاعتداد بالتنفيذ الجبري وحده لا يكفي لرفع الضرر في الظروف المختلفة، كما لو ترك الأجير الزرع دون سقى حتى يبس، وجف، فـإن إجبـاره علـى السقي، أو استئجار غيره على نفقته لن يفيد في رفع الضرر، ويتعين التعويض في هذا المثال لإزالة الضرر طبقاً لما نص عليه الفقهاء[٣].

---

(1) انظر الشرط الجزائي للحموي ص٢٠٩-٢١٠.

(2) انظر الضمان للخفيف ص٤٦، والفعل الضار للزرقا ص١٢٤.

(3) ضمان العدوان لسراج ص٥٩.

وأجيب عنه:

بأن هذا المثال خارج محل النزاع، فترك الأجير الزرع دون سقي حتى يـــبس ضرر مالي لا معنوي محتمل.

٧)- الدليل السابع:

أن التعويض المالي يشكل رادعاً أكبر للمدين سيئ النية الذي لا يريـــد تنفيـــذ التزامه عن عمد، أو إهمال منه، إذا عرفنا أنه مع فساد الناس اليوم لـــم يعـــد يشكل التهديد بالتنفيذ الجبري، والتعزير بالحبس رادعاً لهم، فالحكم بـــالتعويض فيه مصلحة للناس لاستقرار معاملاتهم، ولا يتعارض مع قواعد الشرع[١].

وأجيب عنه:

بعدم التسليم، لأن الشريعة وضعت لكل ضرر الجزاء المناسب، فهناك الجزاء العيني، والجزاء التعويضي، والجزاء العقابي بالحـــد والتعزيـــر[٢] فالـــشريعة وضعت الزواجر والجوابر وفي حالة الضرر المعنوي المحتمل عـــن مجـــرد التأخر أو عدم التنفيذ تكون الزواجر هي السبيل الوحيد للعـــلاج لا التعـــويض المالي الموقع في المحاذير الشرعية فالأمر ليس متروكاً للتشهي والهوى.

وأما كون هذا الجزاء لم يعد رادعاً لهم فهذا سببه عدم تطبيق شرع الله ــ عند من لا يطبق ــ وعدم تطبيق الجزاء الشرعي لتحصل النتيجة المطلوبة. أما إذا كان المطبق هو القانون فما بني على باطل فهو باطـــل، كيـــف نحكـــم بعـــدم صلاحية الجزاء الذي قررته الشريعة ونحن لم نطبقها أصلاً فهذه الحجة نابعة أصلاً من القانونيين فلا يجوز تغيير شرع الله، وإعطاء من لا يـــستحق مـــال الغير بناء على حجج واهية مبنية على باطل.

---

(1) الشرط الجزائي للحموي ص٢٠٩-٢١٠.

(2) انظر الضرر لموافي ٩٥٢/٢.

فالشريعة ليست مسؤولة عما أحدثه البعد عن شرع الله وأنتجه إحلال الأهــواء والمصالح الموهومة محل الحق والعدل والمصالح الحقيقية التي تجلبها الشريعة ومحل المفاسد الحقيقية التي تدفعها[١].

الترجيح:

الراجح ــ والله أعلم ــ هو القول الأول بعدم التعويض المــالي عــن مجــرد التأخير أو عدم التنفيذ وذلك لما يلي:

١- بناء على ما سبق من ترجيح القول بعدم جواز التعويض المالي عن الأضرار المعنوية، ومجرد التأخر وعدم التنفيذ هو ضرر معنوي غير مادي[٢].

٢- ولقوة أدلة هذا القول، وضعف أدلة القول الثاني، وعدم صمودها أمام المناقشة.

٣- أن هذا القول هو المتفق مع أحكام الشريعة، وأصولها وقواعدها[٣].

٤- أن الشريعة عالجت عدم التنفيذ، والتأخر والمماطلة بوسائل كثيرة تــضمن وصول الحق لأصحابه دون إضرار بالطرف الآخر منها:

أ- قضاء الحاكم دين المدين المماطل من ماله جبراً[٤].

ب- بيع الحاكم على المدين المماطل ماله لقضاء دينه[٥].

---

(1) انظر المؤيدات الشرعية لنزيه حماد ص٢٩٦.

(2) انظر ص١٧٧-١٧٨ والضمان للخفيف ص٤٤.

(3) انظر الضمان للخفيف ص١٩.

(4) انظر مجمع الأنهر لشيخ زاده ٤٤٢/٢، وتبيين الحقائق للزيلعي ١٩٩/٥، والفتاوى الهندية ٤١٩/٣، والفروق للقرافي ٨٠/٤، والشرح الصغير للدردير ٢١٩/٣-٢٢٠، وتبصرة الحكام لابن فرحون ٣١٩/٢، والمهذب للشيرازي ومعه تكملة المجموع ٤٠٢/١٢، والتنبيه للشيرازي ص١٠١، والمغني لابن قدامة ٥٣٧/٦.

(5) انظر حاشية ابن عابدين ٣٢٢/٤، والفروق للقرافي ٨٠/٤، والمهذب للشيرازي ومعه تكملة المجموع ٤٠٢/١٢، والمغني لابن قدامة ٥٣٧/٦.

ج- تعزير المماطل بالحبس، والضرب والمنع من السفر حتى يوفي ما عليه[١].

فكيف يلجأ إلى التعويض المالي عن ضرر متوهم؟ مع ما فيه من إضرار بالطرف الآخر قال ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)[٢].

٥- أن القول بأن التأخير، وعدم التنفيذ يوجبان التعويض المالي يؤدي إلى الربا إذ لازم هذا القول أن المدين إذا تأخر عن السداد في الوقت المحدد وجب عليه دفع تعويض للدائن وهذا هو عين الربا(٣).

والقول بالتعويض المالي عن مجرد التأخير وعدم التنفيذ سببه التأثر بالقانون الوضعي الذي لما رأى أصحابه عدم ارتداع الناس بالقضاء لفساده في ظل أنظمته التي تفسح المجال للمتحايلين لإطالة أمد القضية سلكوا سبيل التعويض المالي بدلاً من الجزاء العقابي[٤].

والقانونيون أنفسهم لما رأوا من فساد القول بالتعويض المالي عن مجرد الإخلال بالتأخر، أو عدم التنفيذ اختلفوا فمنهم من اشترط تحقق الضرر ليحكم بالتعويض[٥].

---

(1) انظر بدائع الصنائع للكاساني ١٧٣/٧، والمبسوط للسرخسي ١٨٨/٥، وروضة القضاة للسمناني ٤٣٥/١، والمعتصر من المختصر من مشكل الآثار للطحاوي لأبي المحاسن الحنفي ٢٩/٢، وتبصرة الحكام لابن فرحون ٣١٩/٢-٣٢٠، والخرشي على خليل ٢٧٧/٥، والمقدمات الممهدات لابن رشد ٢٧/٢، وأسنى المطالب للأنصاري ١٦٢/٤، وروضة الطالبين للنووي ١٣٧/٤، وشرح السنة للبغوي ١٩٥/٨ وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٧٦/٢، والمغني لابن قدامة ٥٨٦/٦، ومختصر فتاوى ابن تيمية للبعلي ص٣٤٥-٣٤٦، والطرق الحكمية لابن القيم ص٦٠-٩٣، وخالف الحنفية في الضرب فمنعوا من ضرب المحبوس في الدين. انظر المبسوط للسرخسي ٩٠/٢٠، والفتاوى الهندية ٤١٤/٣، وانظر للاستزادة في وسائل استيفاء الحقوق من المماطل قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد لنزيه حماد ص٣٣٥ وما بعدها، وصيانة المديونيات ومعالجتها لشبير ضمن بحوث فقهية ٨٨٦/٢ وما بعدها، وأحكام البيع بالتقسيط للعثماني ص٣٧-٣٨.

(2) سبق تخريجه انظر ص١٧٩-١٨٠.

(3) انظر الكافي لابن عبد البر ٦٣٣/٢، وصيانة المديونيات لشبير ٨٦١/٢.

(4) انظر صيانة المديونيات لشبير ٨٧٢/٢-٨٧٣.

(5) انظر تعويض الضرر لأبي الليل ص٥٠٩.

المبحث الرابع: كيفية التعويض ووقت تقديره

المطلب الأول: كيفية التعويض:

لما كانت الحكمة من مشروعية التعويض هي صيانة الأموال، وجبر الضرر والنقص الذي يلحق بها كانت المساواة والمماثلة بين التعويض والضرر هي الأساس الذي قام عليه التعويض في الفقه الإسلامي فلا زيادة تضر بالمعِوض، ولا نقصان يضر بالمعَوض[1] قال ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)[2].

والأصل أن ترد الحقوق بأعيانها متى كان ذلك ممكناً ـ وهذا لا يدخل في معنى التعويض ـ وبه يبرأ من العهدة ويتخلص من المسؤولية باتفاق العلماء[3].

قال ﷺ: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)[4].

فإن تعذر رد الحقوق بأعيانها وجب رد أمثالها إن كان المال مثلياً، لأن الجبر بالمثل أعدل، وأتم[5]

قال تعالى: ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾[6].

---

[1] انظر الضمان للخفيف ص٤٥، ونظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص١٦٠، والتعويض عن الضرر للزحيلي ص١٢، والتعويض عن الضرر لمحمد بوساق ص١٦١.

[2] سبق تخريجه انظر ص١٧٩-١٨٠.

[3] انظر المغني لابن قدامة ٣٦١/٧، ومراتب الإجماع لابن حزم ص٥٩، ورحمة الأمة في اختلاف الأئمة للعثماني ص١٧٣، والاختيار للموصلي ٥٩/٣، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ١٢١٤/٢، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٢٠/١.

[4] سبق تخريجه انظر ص١٦٤-١٦٥.

[5] انظر الاختيار للموصلي ٥٩/٣، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ١٢١٤/٢، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٢١/١، والمغني لابن قدامة ٣٦١/٧، وكشاف القناع للبهوتي ١٠٦/٤.

[6] سورة البقرة الآية: (١٩٤).

وقد أجمع الفقهاء على وجوب ضمان المثلي بمثله[١].

فإن لم يكن للمال مثل ــ سواء كان المال قيمياً، أو مثلياً تعذر[٢] وجود مثلــه وجب تعويض الحقوق بقيمتها[٣].

فلا يجوز إذاً زيادة قيمة التعويض عن الضرر الواقع فعلاً لأن في هذا إضراراً بالضامن نهى عنه النبي ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)[٤].

فالشريعة راعت حتى جانب الظالم كالغاصب والمعتدي بالإتلاف فلــم تجــز الزيادة عليه، لأن الظالم وإن ظلم لا يظلم في شريعة الله فغيره من باب أولــى أن لا يزاد عليه التعويض[٥].

---

[1] انظر مراتب الإجماع لابن حزم ص٥٩، والمغني لابن قدامة ٣٦٢/٧، والإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٥١٧/٥، والاختيار للموصلي ٥٩/٣. وخزانة الفقه وعيون المسائل للسمرقندي ٣١٧/١-٣١٨، ومواهب الجليل للحطاب ٢٧٨/٥، والقوانين الفقهية لابن جزي ص٣٢٤، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٢١/١، ومطالب أولي النهى للرحيباني ٥٣/٤-٥٤، والتعويض عن الضرر لبوساق ص٢٣١، والتعويض عن الضرر للزحيلي ص٢١.

[2] التعذر نوعان:

أ- تعذر حقيقي: وهو انقطاع وجود المثل في السوق انظر تبيين الحقائق للزيلعي ١١٣/٥، والاختيار للموصلي ٥٥/٣، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ١٢١٢/٢، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٥٥، ونهاية المحتاج للرملي ١٦٢/٥، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٢٥٥/١٥، والتعويض عن الضرر لبوساق ص٢٥، والتعويض عن الضرر للزحيلي ص٢٢،

ب- تعذر حكمي: وهو أن يوجد المثلي بزيادة عن ثمن المثل إما لغلاء، أو لمؤونة الحمل. انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٦٣، وكشاف القناع للبهوتي ١١١/٤، والتعويض عن الضرر لبوساق ص٢٥٠-٢٥١، والتعويض عن الضرر للزحيلي ص٢٢.

[3] انظر الاختيار للموصلي ٥٩/٣، وبدائع الصنائع للكاساني ١٥٠/٧، وتبيين الحقائق للزيلعي ٢٢٣/٥ والقوانين الفقهية لابن جزي ص٣٢٤، والخرشي على خليل ١٣٥/٦، وحاشية الدسوقي ٤٤٤/٣، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ١٢١٤/٢، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٢١/١، وشرح البهجة لزكريا الأنصاري ٢٤٨/٣، والأشباه والنظائر للسيوطي ٥٥، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٢٥٥/١٥، والإنصاف للمرداوي ٢٥٥/١٥، والمقنع لابن قدامة ٢٥٥/١٥.

[4] سبق تخريجه انظر ص١٧٩-١٨٠.

[5] انظر التعويض عن الضرر لبوساق ص٢٥١.

المطلب الثاني: وقت تقدير التعويض:

لم يختلف الفقهاء الأولون في أن تقدير التعويض يكون بعد وقوع الـــضرر لا قبله لكن الخلاف وقع في الوقت الأنسب لتقدير التعويض بعد وقوع الضرر هل هو عند وقوع الضرر مباشرة، أو بعده وذلك مراعاة لجانب العدل، والإنصاف لتحقيق التعويض المناسب والمساوي للضرر الواقع امتثالاً لقوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)[1] وقطعاً للنزاع الحاصل[2].

والمسائل التي ذكرها الفقهاء واختلفوا في الوقت المناسب لتقدير قيمة التعويض بعد وقوع الضرر لا قبله كثيرة جداً وأذكر فيما يلي بعضاً من تلـــك المـــسائل لتوضيح المراد وتبيين المقصود من عقد هذا المطلب وهو إظهـــار أن وقـــت تقدير التعويض يكون بعد وقوع الضرر لا قبله، لأن هذا هو الوقت الأنـــسب شرعاً، وعقلاً للتحقق من عدالة التعويض ومناسبته للضرر دون استرسال في ذكر الأدلة والترجيح، لأن المقصد هو بيان وقت تقدير التعويض وأنـــه بعـــد وقوع الضرر لا قبله.

١- المسألة الأولى: (إتلاف المال وهو في يد مالكه) إذا أتلف شخص مال آخر بطريق المباشرة، أو التسبب وجب عليه تعويض المال التالف بقيمته يوم إتلافه، لأنه يوم ثبوت قيمته في الذمة، ولأنه قد فوت على صاحبه قيمة ماله في ذلـــك اليوم فلزم تقدير قيمته في يوم التلف نفسه[3].

---

[1] سبق تخريجه انظر ص١٧٩-١٨٠.

[2] انظر التعويض عن الضرر لمحمد بوساق ص٢٧٣، والفعل الضار للزرقا ص١١٨ وما بعدها، ونظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص١٦٢، والتعويض عن الضرر للزحيلي ص٢٣، وهل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض للزرقا مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي المجلد الثاني ص٩٧.

[3] انظر التعويض عن الضرر لبوساق ص٢٧٤.

وهذا محل إجماع بين الفقهاء[1].

المسألة الثانية: (القيمي المتلف في يد الغاصب)

اختلف العلماء في تحديد وقت تقدير قيمة المغصوب إذا تلف، أو أتلف تحت يد غاصبه ــ بعد اتفاقهم على أن التقدير يكون بعد وقوع الضرر ــ على ثلاثة أقوال:

١- ذهب الحنفية والمالكية إلى أن المعتبر وقت الغصب، لأنه هو وقت وقوع الضرر وهو مطالب بالقيمة من وقت وقوع الضرر، وهو مطالب بالقيمة من وقت وجود السبب وهو الغصب[٢].

٢- وذهب الشافعية[٣]. وأشهب من المالكية[٤] إلى أن المعتبر أقصى قيمة من يوم الغصب إلى يوم التلف وذلك، لأن الغاصب مطالب بالرد في كل زمان إلى حين التلف لذلك وجب عليه أعلى القيم[٥].

٣- وذهب الحنابلة إلى أن المعتبر قيمته يوم التلف، لأن القيمة إنما تثبت في الذمة يوم التلف، لأن الواجب قبل ذلك كان رد العين دون قيمتها فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف قيمتها[٦].

---

[1] انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣١٤، وحاشية الدسوقي ٤٤٣/٣، والخرشي على خليل ١٣٦/٦-١٤١ وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٢١/١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٥٧، وأسنى المطالب للأنصاري ٣٤٦/٢، وكشاف القناع للبهوتي ١٠٨/٤.

[2] انظر الاختيار للموصلي ٥٩/٣-٦٠، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣١٤، واللباب للغنيمي ١٨٨/٢، ومواهب الجليل للحطاب ٢٨١/٥، والخرشي على خليل ١٣٥/٦، وحاشية الدسوقي ٤٤٣/٣-٤٤٥، والبهجة للتسولي ٣٤٥/٢، والقوانين الفقهية لابن جزي ص٣٢٤.

[3] انظر نهاية المحتاج للرملي ١٦٥/٥، وأسنى المطالب للأنصاري ٣٤٧/٢، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٢١/١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٧٥، ومنهاج الطالبين للنووي ومعه مغني المحتاج للشربيني ٢٨٤/٢.

[4] انظر مواهب الجليل للحطاب ٢٨١/٥.

[5] انظر قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٢١/١، ونهاية المحتاج للرملي ١٦٤/٥.

[6] انظر كشاف القناع للبهوتي ١٠٨/٤، والإنصاف للمرداوي ٢٥٨/٥، والمغني لابن قدامة ٤٠٤/٧، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٢٥٨/١٥.

المسألة الثالثة: (التالف المقبوض بعقد فاسد)

حصل خلاف بين الفقهاء حتى داخل المذهب الواحد وهذه بعض نصوصهم:

١- جاء في الأشباه والنظائر[١] عند الحديث عن ضمان المقبوض بعقد فاسد: (تعتبر قيمته يوم القبض وعند محمد تعتبر قيمته يوم التلف).

٢- وفي حاشية الدسوقي[٢] : (من اشترى أمة من غاصب لم يعلم بغصبه، وأولدها يضمنها لربها مع ولدها وتعتبر القيمة في ذلك يوم الحكم ويرجع المشتري على الغاصب).

٣- وجاء في الأشباه والنظائر[٣] : (المقبوض بالبيع الفاسد إذا تلف، الأصح: انه كالمغصوب يعتبر فيه الأكثر من القبض إلى التلف، والثاني: يوم القبض، والثالث: يوم التلف).

٤- وجاء في كشاف القناع[٤] (أن تحديد الوقت يوم التلف يجري في كل مقبوض بعقد فاسد وما جرى مجراه إذا تلف، أو أتلف في يد القابض).

والثمرة من إيراد هذا المطلب هو بيان أن المتضرر لا يملك تحديد قدر التعويض الذي يريده في الوقت الذي يختاره هو، بل إن الأمر مضبوط في الفقه بضوابط تراعي العدل، والمساواة، وجانب الضامن، والمضمون له دون ضرر، أو إضرار وهذا يظهر بشكل جلي في اهتمام الفقهاء بحث القضاة على الاستعانة بأهل النظر والخبرة في تحديد التعويض المناسب للضرر الواقع، وأنه

---

(1) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣١٤.

(2) ٤٦٦/٣.

(3) للسيوطي ص٥٥٧-٥٥٨.

(4) للبهوتي ١٠٨/٤.

لا يمكن الاستغناء عنهم[1]، بل ومراعاة للعدل والتعويض الجابر للضرر يجب على القاضي إذا اختلف أهل النظر والخبرة في تقدير العوض أن ينظر إلـــى أقرب تقويم إلى السداد، بل عليه أن يسأل غيرهم ممن لهم بصر أكثر في الأمر حتى يتبين له السداد[2].

المطلب الثالث: حكم تقدير التعويض قبل وقوع الضرر والتعاقد عليه:

لا يجوز تقدير التعويض قبل وقوع الضرر والتعاقد عليه[3] وذلك لما يلي:

١- لأن الضرر في هذه الحالة معدوم ومجهول والمعدوم والمجهول لا تــصح مقابلته بالمال[4]. والضابط الفقهي: أنه لا يصح ضمان المجهول وما لم يجب[5].

٢- ولأن الضرر هو سبب التعويض فلا يتقدم المسبب على السبب[6].

٣- ولأن الواجب التساوي بين الضرر والتعويض كما سبق بيانه[7] لأن كـــل جزء من العوض لابد أن يقابله جزء من المعوض[8].. وتقدير التعــويض

---

[1] انظر تبصرة الحكام لابن فرحون ٧٨/٢-٧٩، والمبسوط للسرخسي ١٢٠/١٦-١٤٠، وحاشية الدسوقي ٢٧١/٤، وأدب القاضي للماوردي ٦٦/٢، والتعويض عن الضرر لبوساق ص٢٥٧ وما بعدها، والسلطة القضائية لمحمد البكر ٧٢٧-٧٢٨-٧٢٩.

[2] انظر تبصرة الحكام لابن فرحون ٧٧/٢.

[3] انظر الضمان للخفيف ص٣٨، وهل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل للزرقا ص٩٧.

[4] انظر الضمان للخفيف ص٣٨.

[5] انظر الغاية والتقريب لأبي شجاع مع شرحه التذهيب لبغا ص١٣٧.

[6] انظر الضمان للخفيف ص٣٨.

[7] انظر ص١٦٤ وما بعدها.

[8] انظر المبدع لابن مفلح ٨٧/٤، وهداية الراغب شرح عمدة الطالب لعثمان النجدي ص٣٢٢.

مسبقاً يؤدي إلى الغرر والجهالة، لأن التعويض قد يكون أكثر من الضرر وقد يكون أقل، وقد نهى النبي ﷺ عن الغرر[١].

والقاعدة الفقهية: أن الجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل في التحريم والمنع[٢].

وكل جهالة تبطل بها الأثمان فإنه يبطل بها الضمان[٣].

وهذه الجهالة يمكن الاحتراز منها والضابط الفقهي: أن كل جهالة يمكن الاحتراز منها لا يعفى عنها[٤].

٤- أنه ضرب من الرهان المحرم والمقامرة، لما فيه من المخاطرة فقد يزيد التعويض عن الضرر فيربح المعَوض، وقد ينقص التعويض عن الضرر فيربح المعِوض وهذا قمار داخل في الميسر[٥] الذي نهى عنه الله تعالى في قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَـٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَـٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[٦].

---

(1) سبق تخريجه انظر ص٧٦ .

(2) انظر فتح القدير لابن الهمام ٤١٥/٦ - ٢٥/٧-٣٢، والاختيار للموصلي ٤٠/٢، وتحفة الفقهاء للسمرقندي ٢٨/٣، وبدائع الصنائع ١٩٣/٥، وجواهر الإكليل للأزهري ٧/٢، والمنتقى للباجي ١١/٥، والخرشي على خليل ٧٣/٥-٧٤والتمهيد لابن عبد البر ٣٠٩/١٣، والاستذكار لابن عبد البر ١٥٤/١٩، والقبس في شرح الموطأ لابن العربي ٧٨٧/٢-٧٨٨، وروضة الطالبين للنووي ٣٨٣/٣، وإرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه لابن كثير ١٩/٢، وشرح النووي لصحيح مسلم ١٧٢/١، والحاوي للماوردي ١١٠/٥-١١٤، ١٣٤- ١٥٠، وكفاية الأخيار للحصني ص٢٤٧، والمغني لابن قدامة ٨٢/٦، والمبدع لابن مفلح ٣٩/٤، وكشاف القناع للبهوتي ٢٥٩/٣-٢٥٨، وتوضيح الأحكام للبسام ٤٦٥/٣، والموسوعة الفقهية الكويتية ٣٥٧/٢٦.

(3) انظر الحاوي للماوردي ٤٥١/٦.

(4) انظر الحاوي للماوردي ٢٧٣/٥.

(5) قال الشيخ عبد الرحمن السعدي: (فالشيء الذي يشك في حصوله، أو تجهل حاله وصفاته المقصودة، داخل في الغرر، لأن أحد العاقدين إما أن يغنم أو يغرم فهذا خطر كالرهان) المجموعة الكاملة، الفقه، ٤٩٠/٢.

(6) سورة المائدة الآية: (٩٠).

٥- أنه يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، لأنه أخذ مال الغير بلا مقابل في حالة زيادة التعويض عن الضرر أو العكس ومعلوم أن كل جزء من العوض لابد أن يقابله جزء من المعوض[١]. وكل تصرف يؤدي إلى أكل المال بالباطل فهو منهي عنه[٢]. قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴾[٣].

٦- أنه قد يؤدي إلى التنازع، والتباغض، والتشاحن والخصومة في حالة عدم رضا أحدهما بالتعويض بعد وقوع الضرر وهذا أمر قد سدت بابه الشريعة وسدت كل طريق يؤدي إليه حفاظاً على الأخوة الإيمانية قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا ٱلۡمُؤۡمِنُونَ إِخۡوَةٞ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَ أَخَوَيۡكُمۡۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمۡ تُرۡحَمُونَ ۝ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَسۡخَرۡ قَوۡمٞ مِّن قَوۡمٍ عَسَىٰٓ أَن يَكُونُواْ خَيۡرٗا مِّنۡهُمۡ وَلَا نِسَآءٞ مِّن نِّسَآءٍ عَسَىٰٓ أَن يَكُنَّ خَيۡرٗا مِّنۡهُنَّۖ وَلَا تَلۡمِزُوٓاْ أَنفُسَكُمۡ وَلَا تَنَابَزُواْ بِٱلۡأَلۡقَٰبِۖ بِئۡسَ ٱلِٱسۡمُ ٱلۡفُسُوقُ بَعۡدَ ٱلۡإِيمَٰنِۚ وَمَن لَّمۡ يَتُبۡ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ۝ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱجۡتَنِبُواْ كَثِيرٗا مِّنَ ٱلظَّنِّ إِنَّ بَعۡضَ ٱلظَّنِّ إِثۡمٞۖ وَلَا تَجَسَّسُواْ وَلَا يَغۡتَب بَّعۡضُكُم بَعۡضًاۚ أَيُحِبُّ أَحَدُكُمۡ أَن يَأۡكُلَ لَحۡمَ أَخِيهِ مَيۡتٗا فَكَرِهۡتُمُوهُۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ تَوَّابٞ رَّحِيمٞ ﴾[٤].

---

(1) انظر المبدع لابن مفلح ٨٧/٤، وهداية الراغب لعثمان النجدي ص٣٢٢.

(2) الغرر للضرير ص٤.

(3) سورة النساء الآية: (٢٩).

(4) سورة الحجرات الآيات: (١٠-١١-١٢).

وقال أبو هريرة ﷺ: (نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد، ولا تناجشوا، ولا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه)[1].

وقد سبق في المطلب الثاني السابق[2] أن الفقهاء لم يختلفوا في أن تقدير التعويض يكون بعد حدوث الضرر لا قبله. فتقدير التعويض قبل وقوع الضرر تأباه قواعد الشريعة[3].

فالتعويض لا يقدر إلا بعد وقوع الضرر توخياً للعدل، والمساواة ــ وهي من مقاصد الشريعة ــ وبعداً عن الظلم، والتباغض، والتشاحن.

---

(1) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب لا يبيع على بيع أخيه، ولا يسوم على سوم أخيه حتى يأذن، له أو يترك. صحيح البخاري ومعه فتح الباري ٨٧/٥، ومسلم في كتاب البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه ١٥٨/١٠-١٥٩.

(2) انظر ص ١٩٩ .

(3) انظر الضمان للخفيف ص٣٨.

الفصل الثاني

حكم الشرط الجزائي وأثره

ويشتمل على ثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول: الشرط الجزائي في الديون

المبحث الثاني: حكم الشرط الجزائي في غير الديون

المبحث الثالث: آثار الشرط الجزائي

الفصل الثاني

حكم الشرط الجزائي وأثره

المبحث الأول: الشرط الجزائي في الديون

المطلب الأول: معنى الدين:

أولاً: في اللغة: يطلق الدين في اللغة على أحد المعاني التالية:

١- كل شيء غير حاضر[١].
٢- ماله أجل[٢].
٣- القرض: يقال: دنت الرجل إذا أقرضته[٣].
٤- الموت: لأنه دين على كل أحد[٤].
٥- الطاعة: يقال: دان له أي أطاعه[٥].
٦- الذل والقهر: يقال دانه: أي أذله[٦].
٧- الجزاء والمكافأة: يقال: دانه ديناً أي جازاه[٧].

ثانياً في الاصطلاح: المال الثابت في الذمة[٨].

وأبرز العقود التي يكون الالتزام فيها ديناً ويدخلها الشرط الجزائي ثلاثة هي: القرض، والبيع بثمن مؤجل، وعقد السلم[٩].

---

(1) انظر لسان العرب لابن منظور ١٦٧/١٣، والمخصص لابن سيده ٢٦٦/٣.
(2) انظر تاج العروس للزبيدي ٢٠٧/٩، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٥٤٦.
(3) انظر أساس البلاغة للزمخشري ص١٤٠، ولسان العرب لابن منظور ١٦٧/١٣، والمصباح المنير للفيومي ص٧٨.
(4) انظر تاج العروس للزبيدي ٢٠٧/٩، ولسان العرب لابن منظور ١٦٨/١٣.
(5) انظر الفائق في غريب الحديث للزمخشري ٣١٧/١، ولسان العرب لابن منظور ١٦٩/١٣.
(6) انظر لسان العرب لابن منظور ١٦٩/١٣-١٧٠، ومختار الصحاح للرازي ص١١٥.
(7) انظر لسان العرب لابن منظور ١٦٩/١٣، ومختار الصحاح للرازي ص١١٥.
(8) انظر استيفاء الديون للمزيد ٣٧/١، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٠٥، وتوثيق الديون للهليل ص٢٦.
(9) انظر الشرط الجزائي للضرير ص٢١.

المطلب الثاني: حكم الشرط الجزائي في الديون:

وصورته: اشتراط زيادة معينة في العقد على أصل الدين عند عدم السداد، أو التأخر في سداد الدين في الوقت المحدد.

ومثاله: كما لو اشترى رجل من آخر سلعة بثمن مؤجل يحل بعد سنة، واشترط عليه الدائن في العقد أنه إن تأخر عن السداد في الوقت المحدد فعليه شرط جزائي مقداره كذا ــ نسبة معينة عن كل شهر يتأخر فيه عن السداد، أو مبلغاً مقطوعاً يزاد على قيمة السلعة المباعة ــ وهو تعويض عن ضرر عدم السداد، أو التأخر[1].

وحكمه:

حرام وهو صريح ربا الجاهلية: (إما أن تقضي أو تربي)[2] الذي دل القرآن على تحريمه قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[3] والشرط الجزائي هنا زيادة على أصل الدين مقابل التأجيل، فهي محرمة وباطلة بإجماع العلماء

---

[1] هذه الصورة من أكثر صور الشرط الجزائي وقوعاً في القوانين الوضعية لذلك كتب القانون تعبر عن المتعاقدين في الشرط الجزائي بالدائن والمدين وقد وقع بعض الباحثين المعاصرين في هذا الخطأ فعبروا عن المتعاقدين في الشرط الجزائي بالدائن والمدين رغم أن الشرط الجزائي يحرم دخوله على الديون. انظر الشرط الجزائي للحموي ص٤٧-٤٨-٥٤-٥٦-٥٧-٥٨...الخ، والشرط الجزائي لعجم ص٢٢-٢٤، وصيانة المديونيات لشبير ضمن بحوث فقهية ٨٥٤/٢-٨٥٥، ومشكلات الاقتصاد الإسلامي لعويس ص٢٠٢، والشرط الجزائي للضرير ص٤.

[2] انظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٣٠/٣، وتفسير الطبري ٢٧٥/٣.

[3] سورة البقرة الآية: ٢٧٥.

سواء كانت مشروطة في العقد ــ كالشرط الجزائي ــ ، أو لم تشترط إلا عند حلول الأجل[١].

وقد نص على تحريم الشرط الجزائي في الديون وعدم صحته وبطلانه المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة ١٤٠٩هـ، في القرار الثامن[٢]. ومجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في قراره رقم: ٥١ (٦/٢) في الدورة السادسة ١٤١٠هـ[٣]. وقراره رقم: ٨٥ (٢/٩) في الدورة التاسعة ١٤١٥هـ[٤]، وقراره رقم: ١٠٩ (١٢/٣) في الدورة الثانية عشرة ١٤٢١هـ[٥].

وقد نسب بعض الباحثين القول بجواز الشرط الجزائي في الديون إلى الشيخ مصطفى الزرقا[٦]. وسبب هذه النسبة هو أن الشيخ الزرقا يجيز تعويض الدائن قضائياً عن تأخر المدين في السداد المؤدي للضرر[٧].

---

(1) انظر بداية المجتهد لابن رشد ٢٨/٢، وفتح العلي المالك لعليش ١٣٦/٢، والإجماع لابن المنذر ص٩٥، والإفصاح لابن هبيرة ٣٣٥/١-٣٧١، وأحكام القرآن للجصاص ٤٦٥/١-٤٦٧، والكافي لابن عبد البر ٦٣٣/٢، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص١٧٦، ونظرية الربا المحرم في الشريعة الإسلامية لإبراهيم بدوي ص٣٨، والمنفعة في القرض للعمراني ص١٢٤ وما بعدها، واستيفاء الديون للمزيد ٢١٥/١.

(2) انظر قرارات المجمع ص٢٦٦.

(3) انظر قرارات وتوصيات المجمع ص١٠٩-١١٠.

(4) انظر قرارات وتوصيات المجمع ص١٩٤.

(5) انظر قرارات الدورة الثانية عشرة ص٦.

(6) انظر الشرط الجزائي للشهري ص١٠٩-١١٠.

(7) انظر مقال: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن للزرقا في مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي العدد الثاني المجلد الثاني ص١٥٤.

والحق أن الشيخ مصطفى الزرقا لا يجيز الشرط الجزائي في الديون، وفرق بين الشرط الجزائي مسبقاً في العقد وبين مسألة التعويض القضائي عن مطل الغني المؤدي للضرر، وقد صرح الشيخ الزرقا بعدم جواز الشرط الجزائي في الديون بقوله: (إن الاتفاق على مقدار ضرر الدائن عن تأخير الوفاء له محذور كبير وهو أنه قد يصبح ذريعة لربا مستور بتواطؤ من الدائن والمدين، بأن يتفقا في القرض على فوائد زمنية ربوية، ثم يعقد القرض في ميعاده، لكن يستحق عليه الدائن تعويض تأخير متفق عليه مسبقاً يعادل سعر الفائدة، فلذلك لا يجوز في نظري)[١].

ونسب بعض الباحثين القول بجواز الشرط الجزائي في الديون إلى الشيخ عبد الله المنيع كذلك[٢].

ولعل سبب ذلك قوله في بحثه الموسوم (بأن مطل الغني ظلم يحل عقوبته وعرضه) (وإن تضمن عقد الالتزام بالحق شرطاً جزائياً لقاء المماطلة، واللي بقدر فوات المنفعة فهو شرط صحيح، واجب الوفاء)[٣] وأكد ذلك استدلاله بقرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية بجواز الشرط الجزائي[٤] على جواز التعويض عن مجرد المطل.

---

[1] انظر مقال: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل للزرقا ص٩٥.

[2] انظر الشرط الجزائي للضرير ص٢٠، واستيفاء الديون للمزيد ٢١١/١.

[3] مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد ١٢ ص٢٣.

[4] انظر مجلة البحوث الإسلامية العدد ٢ ص١٤٠-١٤١-١٤٢ .

والتحقيق أن الشيخ عبد الله المنيع لم يجز الشرط الجزائي في الديون يدل لذلك قولـــه في نفس البحث عند تعليقه على قرار المجمع الفقهي برابطـــة العـــالم الإسلامي سالف الذكر[١]: (والتعليق على هذا القرار المبارك أن مـــا بحثنـــاه، وقررنا وجاهته واعتباره لا يتعارض مع هذا القرار فهذا القرار خاص فيما إذا اتفق الدائن والمدين في عقد الالتزام على الغرامة وتقديرها، ولاشك أن هذا هو ربا الجاهلية، لأنه اتفاق بين طرفين بمحض إرادتهما، واختيارهما على فائـــدة ربوية معينة معروفة المقدار في حال التخلف عن السداد وإن سمياها غرامـــة، أما غرامة المطل، واللي فهي عقوبة تعزيرية يحكم بها على المماطل لقاء ظلمه وعدوانه واغتصابه حق دائنه بمطله إياه، ولا يفتقر إيقاعها عليه إلى رضاه ولا إلى رغبته ولا إلى اتفاق مع دائنه بتقدير هذه الغرامة)[٢].

وقولـــه عند مناقشة موضوع الشرط الجزائي في الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي: (والذي يظهر لي أن الشرط الجزائي بالنسبة لسداد الديون هو أخذ بالمنهج الجاهلي: (أتربي أم تقضي)، بل قد يكون أشد من ذلك لأن المنهج الجاهلي يبدأ عند حلول أجل السداد، وهذا يُقـــر عنـــد التعاقد، فهو إقرار بالربا الجاهلي عند التعاقد)[٣].

ويؤيد ذلك أنه نقل قول د. الضرير: (لا يجوز أن يتفق البنك مع العميل المدين على أن يدفع له مبلغاً محدداً، أو نسبة من الدين الذي عليه في حالة تأخره عن

---

(1) انظر ص٢٠٩ .

(2) بحث مطل الغني ظلم للمنيع في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد ١٢ ص٣٠.

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثاني عشر، ج٢ ص٢٩٢ .

الوفاء في المدة المحددة، سواء أسمي هذا المبلغ غرامة، أو تعويضاً، أو شرطاً جزائياً، لأن هذا هو ربا الجاهلية المجمع على تحريمه)[1] على وجه التقريـــر والاستدلال به على قوله[2].

والراجح أن قولـــه الأول هو مجرد تأكيد لقوله بجواز التعويض عن مجـــرد المطل، وسبب اللبس هو عبارة الشيخ عبد الله المنيع الأولى فهي حقاً موهمة، ثم استدلاله بالشرط الجزائي على جواز التعويض عن مجرد المطل، وتفويـــت الكسب المظنون وهو استدلال بالفرع على الأصـــل إذ الواجـــب بيـــان حكـــم التعويض عن مجرد المطل والكسب المظنون وفوات الفرصة ليعرف بعد ذلك حكم الشرط الجزائي بناء على ذلك وليس العكس إذ الـــشرط الجزائـــي هـــو التعويض والمطل وفوات الفرصة هو الضرر فلابد أولاً أن يثبـــت أن مجـــرد المطل وفوات الفرصة ضرر حتى يجوز الشرط الجزائي عنهما لا أن يثبـــت أنها ضرر بناء على الشرط الجزائي خاصة أن قرار هيئة كبـــار العلمـــاء لا يسعفه في القول بجواز التعويض بالشرط الجزائي أو حتى بالتعويض القضائي عن مجرد المطل، أو تفويت الفرصة أو الكسب المظنون يقول د. الـــضرير: (واستدلال بعض العلماء[3] بقرار مجلس هيئة كبار العلماء على جواز وضـــع شرط جزائي يلزم المدين المماطل بدفع مبلغ من المال فـــي حـــال المماطلـــة

---

(1) مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي ــ جامعة الملك عبد العزيز ــ جدة ــ العدد (١) المجلد ٣، ١٤٠٥هـ ص١١٢.

(2) بحث مطل الغني ظلم للمنيع ص٢٨.

(3) يقصد الشيخ عبد الله المنيع.

استدلال في غير محله، لأنه ليس في القرار نص في هذه المسألة، وفهمها من العموم الذي في كلمة العقود غير سليم، لأنه يؤدي إلى جواز الربا)[١].

وقرار هيئة كبار العلماء وإن كان عاماً في عبارته[٢] حيث جاء فيه: (أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول. وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة، أو لحق من مضرة ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ﴾[٣] وقوله سبحانه ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ ٱعْدِلُوا۟ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾[٤] وبقوله ﷺ (لا ضرر ولا ضرر)[٥] وبالله التوفيق[٦]. لا يدل على جواز الشرط الجزائي المقدر في الديون، لأن هذا عين الربا فلا يظن بالعلماء القول بجوازه.

---

(1) الشرط الجزائي للضرير ص٢٠.

(2) ولهذا العموم توهم بعض الباحثين المعاصرين أن هيئة كبار العلماء تجيز الشرط الجزائي في الديون. انظر الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية لمحمود إرشيد ص٣٨٤، وقد بينت في المتن خطأ هذا الظن.

(3) سورة النساء الآية: (٥٨).

(4) سورة المائدة الآية: (٨).

(5) سبق تخريجه انظر ص١٧٩-١٨٠.

(6) مجلة البحوث الإسلامية العدد ٢ ص١٤١-١٤٢.

ولأن العام يحمل على الخاص إذا تعذر إعماله على عمومه فيحمل على الشرط الجزائي في غير الديون. ويؤكد ذلك أن الشيخ عبد العزيز بن باز ــ رحمه الله ــ رئيس هيئة كبار العلماء المصدرة للقرار هو رئيس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي مصدر قرار عدم جواز الشرط الجزائي فـــي الـــديون سالف الذكر[١]. وكان الشيخ محمد الجبير عضواً في المجلسين كذلك.

---

[1] انظر ص٢٠٩.

المبحث الثاني

حكم الشرط الجزائي في غير الديون[1]

اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم الشرط الجزائي في غير الديون على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الجواز وإليه ذهب جمهور العلماء المعاصرين فهو قرار مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم: ١٠٩ (١٢/٣) في دورته الثانية عشرة في ١٤٢١هـ حيث جاء في الفقرة الرابعة منه: (يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، فإن هذا من الربا الصريح. وبناء على هذا، فيجوز هذا الشرط ـ مثلاً ـ في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه. ولا يجوز ـ مثلاً ـ في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء، كان بسبب الإعسار أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه)[٢].

---

(1) والمراد الشرط الجزائي الذي هو تقدير مسبق للتعويض المالي عن عدم القيام بالعمل المتفق عليه من توريد سلعة، أو إنشاء مبنى، أو تسليم مبيع، أو صناعة أمر، أو حصد زرع وغيرها من الأعمال في الوقت المحدد وبعبارة مختصرة يراد بغير الديون ما كان محل الالتزام فيه عملاً من الأعمال أما إذا كان الشرط الجزائي عبارة عن غرامة مالية عن التأخر في سداد المبلغ المالي المستحق في وقته كما لو وضعت الغرامة على المستصنع أو المستورد فحكمه داخل في الشرط الجزائي في الديون الذي سبق بيانه.

(2) القرارات والتوصيات للدورة الثانية عشرة ١٤٢١هـ ص٦.

وهو كذلك قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورتها الخامسة المنعقدة ما بين ٥-١٣٩٤/٨/٢٢هـ وقد سبق أن نقلت نص القرار[١].

وقرار دار الإفتاء المصرية[٢]. وفتوى الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي رقم (٦) حيث كان جوابها عن سؤال عن حكم الشرط الجزائي بالتالي: (من أصول مذهب الإمام أحمد ﷺ صحة الشروط المقترنة بالعقود إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً ومثل هذا الشرط من قبيل الشروط الصحيحة ولهذا فاشتراطه في العقد لا يفسده ولكن إذا جاوز الشرط الجزائي حد المعقول بأن كان أكثر من الضرر الذي يعود على الطرف الآخر فيجب رده إلى المعقول وتعتبر هذه الشروط المغالى فيها شروطاً تعسفية تتنافى مع قواعد الشريعة الإسلامية التي من أصولها (لا ضرر ولا ضرار)[٣].

ومن أبرز أدلتهم ما يلي:

١- استدلوا بما سبق بيانه[٤] من أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الإباحة إلا ما دل الدليل على حرمته، والشرط الجزائي لم يأت دليل يدل على حرمته فيبقى على أصل الإباحة وساقوا الأدلة على هذا الأصل ومن ضمنها الأدلة العامة بوجوب الوفاء بالعقود[٥] كقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[١].

---

(1) انظر ص٢١٣ .

(2) انظر صيانة المديونيات لشبير ضمن بحوث فقهية ٨٥٩/١.

(3) انظر موقع الإسلام ـــ الفتاوى الاقتصادية ـــ على الإنترنت.

(4) انظر ص١١٧ وما بعدها .

(5) انظر الشرط الجزائي للحموي ص١٧٦، ومجلة البحوث الإسلامية العدد (٢) ١٣٩٥هـ ص١٤١، والشرط الجزائي للسالوس ص٤٦، والشرط الجزائي للضرير ص٢٤، ومشكلة الديون المتأخرة للقره

ونوقش الدليل بما يلي:

بأنه لا يسلم بأنه لا دليل على حرمة الشرط الجزائي، بل الأدلة متوافرة ومتظافرة على حرمته كما سيتبين في أدلة القول الثالث فلا مدخل لهذا الأصل هنا.

٢- أن عدم التنفيذ أو التأخير فيه وما يؤدي إليه من تفويت فرصة، أو كسب متوقع، وألم نفسي ضرر يوجب التعويض[٢] قال ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)[٣].

ونوقش بما يلي:

أن الراجح أن مجرد الإخلال وما يؤدي إليه من تفويت فرصة متوهمة أو كسب مظنون لا يوجب التعويض كما سبق بيانه[٤] ولو سلم أن مجرد الإخلال ضرر يوجب التعويض، فإن تقدير التعويض يكون بعد وقوع الضرر لا قبله لأن تقديره بالشرط الجزائي السابق يؤدي إلى مفاسد كزيادة التعويض عن الضرر مما يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، ولأن في تقديره مسبقاً جهالة وغرر.

٣- المصالح والفوائد المترتبة على الشرط الجزائي ومنها الحث على الوفاء ومنع التلاعب بالعقود فهو من مصلحة العقد[٥].

ونوقش بما يلي:

داغي ص٢٤، والشرط الجزائي لعجم ص١٨، والشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص١٦٤، والشرط الجزائي للشهري ص١٥٧ وما بعدها.

[1] سورة المائدة الآية: (١).

[2] انظر الشرط الجزائي للحموي ص١٦٥ وما بعدها، ومجلة البحوث الإسلامية العدد (٢) ١٣٩٥هـ ص١٤١، والشرط الجزائي لعجم ص٢٠، وأكثر الشروط الجزائية تستحق بموجب هذا الأصل انظر الشروط المقترنة لشعبان ص١٦٢، وقد سبق بيان حكم التعويض عن مجرد الإخلال والضرر الأدبي والمعنوي. انظر ص١٦٩ وما بعدها وص ١٧٩ وما بعدها.

[3] سبق تخريجه. انظر ص١٧٩-١٨٠.

[4] انظر ص١٨٠-١٩٥.

[5] انظر الشرط الجزائي للحموي ص١٨٠، ومجلة البحوث الإسلامية، العدد (٢) ص١٤١، والشرط الجزائي لعجم ص٢٠، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص١٦٤، والشرط الجزائي للشهري ص١٦٣.

بأن وجود بعض المصالح لا يدل على الإباحة كما قال تعالى عن الخمر والميسر: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ۗ﴾[1].

ثم إن هذه المعاملة، وإن كان فيها مصلحة فقد قامت الأدلة على إلغائها كما سيتبين لاحقاً فهي مصالح ملغاة.

٤- (العرف) فلقد تعارف الناس على وضع شروط جزائية في كثير من عقودهم هذه الأيام خصوصاً عقود المقاولات، والتوريد والاستصناع وعرف التعامل بالشرط الجزائي عرف صحيح شرعاً لأنه لا يعارض دليلاً شرعياً، ولا يبطل واجباً ولا يحل حراماً فهو جائز، وصحيح[2].

ونوقش بما يلي:

أن الاستدلال بالعرف لا يسلم حيث إن العرف هذا عرف فاسد لمخالفته للأدلة والعرف يبنى عليه في تطبيق الأحكام وفهم المراد من ألفاظ النصوص ومن عبارات الناس في أيمانهم، وتداعيهم، وأخبارهم وسائر ما يحتاج إلى تحديد المقصود منه من الأفعال والأقوال فلا تأثير له فيما تبين أمره بالدليل وتعين المقصود منه[3] وقد دلت الأدلة على منع الشرط الجزائي كما سيأتي فلاعتبار به معها.

٥- مبدأ السياسة الشرعية:

---

(1) سورة البقرة الآية: (٢١٩).

(2) انظر الشرط الجزائي للحموي ص١٧٧، والشرط الجزائي للشهري ص١٦٣.

(3) انظر قرارات المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي القرار الخامس من قرارات الدورة الأولى ١٣٩٨ بشأن التأمين ص٣٤، وقرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي القرار رقم ٤٧ (٥/٩) بشأن العرف ص١٠٠.

فالعمل بمبدأ السياسة الشرعية يؤدي إلى القول بشرعية الشرط الجزائـــي، لأن الشرط الجزائي، وإن لم يرد في مشروعيته نصوص صريحة خاصة بجـــوازه إلا أننا لو نظرنا إلى الشرط الجزائي من خلال مبدأ السياسة الـــشرعية فإننـــا نستطيع القول بأن الحكم بجوازه يدخل في إطار هذا المبدأ وإن لم يدل عليـــه دليل خاص، ولكنه لا يصادم دليلاً معيناً ويحقق مصلحة ملائمـــة ولا يـــصادم قواعد الشريعة ولذلك فإن القاضي يستطيع الحكـــم بـــالتعويض عـــن ضـــياع المصالح المتوقعة، والضرر الواقع من عدم تنفيذ العقد أو التأخر فـــي تنفيـــذه والتعويض عن الأضرار التي لحقت بالدائن من جراء ذلك بمقتضى الـــسلطة التقديرية الممنوحة له فيما لا نص فيه، عملاً بمبدأ السياسة الشرعية من إقامة العدل وإحقاق الحق ودفع الضرر، وأخذاً بمشروعية التعزيرات، والغرامـــات المالية. يفعل القاضي ذلك إذا رأى فيه حاجة ومصلحة[١].

ونوقش الدليل بما يلي:

أن عمل السياسة الشرعية هو فيما لم يرد بحكمه دليل، أو الأمور التـــي مـــن شأنها التغير والتبدل[٢] وهنا قد دلت الأدلة الظاهرة على حكمـــه فـــلا مـــدخل للسياسة الشرعية.

ثم إن الدليل يرد على نفسه بنفسه إذ فيه أن السياسة الشرعية هنا للقاضي يقدر فيها التعويض عملاً بالسياسة الشرعية، وأخذاً بمشروعية التعزيرات وبناء عليه فلا دلالة في الدليل على مشروعية الشرط الجزائي مـــادام أن الأمـــر منـــوط بالقاضي، لأنه من باب التعزير.

٦- استدلوا بقاعدة (الحاجة تنزل منزلة الضرورة)[٣].

---

(1) الشرط الجزائي للحموي ص١٧٨-١٧٩.

(2) انظر المدخل إلى السياسة الشرعية لعطوه ص٥٧.

(3) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧٩.

وجه الاستدلال:

أن بعض العقود في الشريعة الإسلامية رخص فيها وأبيحت خلافاً للقياس لحاجة الناس إليها ورفعاً للضرر عنهم كالسلم والإجارة مع أن الأصل فيها التحريم لأنها عقود على معدوم فالشرط الجزائي كذلك مباح للحاجة الماسة إليه[١].

ونوقش بما يلي:

أ- لا يسلم بوجود حاجة ماسة إلى الشرط الجزائي ففي التعويض بعد وقوع الضرر غنية عن تقدير التعويض بالشرط الجزائي مسبقاً وجزافاً قبل وقوع الضرر.

ب- ثم إن قياس الشرط الجزائي على السلم والإجارة قياس مع الفارق لورود الأدلة بإباحتهما خلافاً للشرط الجزائي الذي جاءت الأدلة بتحريمه كما سيأتي.

ج- أنه لا يسلم أن السلم والإجارة على خلاف القياس وأن الأصل فيهما التحريم، لأنها عقود على معدوم وقد تكفل شيخ الإسلام ابن تيمية ـ رحمه الله ـ بالرد على هذه الشبهة حيث يقول في معرض رده على من جعل السلم والإجارة على خلاف القياس لأنها عقود على معدوم (فليس في كتاب الله ولا سنة رسوله، بل ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز لا لفظ عام ولا معنى عام، وإنما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة وليست العلة في المنع لا الوجود ولا العدم بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر[٢] والغرر ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً، أو معدوماً)[٣].

---

(1) انظر الشرط الجزائي للشهري ص١٦٢.

(2) سبق تخريجه انظر ص٧٦-٧٧.

(3) مجموع الفتاوى ٥٤٢/٢٠-٥٤٣ .

القول الثاني: جوازه في حالة عدم التنفيذ، وعدم جوازه في حالة تأخير التنفيذ وإليه ذهب د. رفيق يونس المصري[١] وحسن الجواهري[٢].

ومن أبرز أدلتهم ما يلي:

أن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام (الدين) فالشرط الجزائي فيه شبهة ربا النسيئة تقضي أم تربي[٣] بل هو في حكم ربا النسيئة[٤].

وأجيب عنه بما يلي:

أما كون المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام فلا خلاف فيه وأما كون هذا الالتزام مساوياً للدين فغير مسلم، لأن الالتزام أعم من الدين فكل دين التزام، وليس كل التزام ديناً، والالتزام في عقد المقاولة ليس ديناً، وإنما هو التزام بأداء عمل، والمقاول قد يكون دائناً لا مديناً في كثير من الحالات، فالبنوك العقارية تقوم ببناء المساكن مقاولة وتتقاضى المقابل على أقساط بعد تسليم المبنى، وكذلك يفعل كبار المقاولين، والفرق كبير جداً بين التزام المقاول والمورد، والتزام المقترض والمشتري بثمن مؤجل والمسلم إليه فالتزام هؤلاء الثلاثة دين حقيقي ثبت في ذمتهم وأخذوا مقابله، أما التزام المقاول والمورد فهو التزام بأداء عمل لا يستحقون مقابله إلا بعد أدائه)[٥]

---

(1) انظر مناقصات العقود الإدارية ص٦٥.

(2) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي العدد التاسع الجزء الثاني ص٣١٠.

(3) مناقصات العقود الإدارية لرفيق المصري ص٦١.

(4) انظر مناقصات العقود الإدارية للمصري ص٦٥.

(5) الشرط الجزائي للضرير ص٢٢-٢٣.

القول الثالث: عدم جواز وصحة الشرط الجزائي وإليه ذهب الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود[1] والشيخ سيد عبد الله حسين[2] وذهب د. عبد الرزاق السنهوري[3] والشيخ علي الخفيف[4] ود. فتحي الدريني[5] ود. شفيق شحاته[6] ومحمد حافظ صبري[7] إلى أن الضرر الحاصل نتيجة الامتناع عن الوفاء بالعقد، أو التأخر في الوفاء في الوقت المحدد لا يوجب التعويض في الفقه الإسلامي ولازم هذا القول هو عدم جواز الشرط الجزائي عندهم، لأنهم أنكروا جواز جوهره وأصله الذي يعتمد عليه وهو التعويض عن مجرد التأخر وعدم الوفاء ولكنهم وتحرياً للدقة في النقل لم ينصوا على الشرط الجزائي اسماً.

ومن أبرز أدلتهم ما يلي:

١)- الدليل الأول:

أن الشرط الجزائي هو اتفاق على تقدير جزافي للتعويض عن الضرر قبل وقوعه وهذا لا يجوز، لأنه يؤدي إلى محاذير شرعية ـ سبق بيانها عند الحديث عن حكم تقدير التعويض قبل وقوع الضرر ـ[8] ومن تلك المحاذير الشرعية على وجه الاختصار: أ- الجهالة والغرر. ب- الرهان المحرم والمقامرة. ج- أكل أموال الناس بالباطل، لأن الشرط الجزائي قد يكون أكثر

---

(1) انظر أحكام عقود التأمين ص٧٥.

(2) انظر المقارنات التشريعية ٣٠٤/٢.

(3) انظر مصادر الحق ١٦٨/٦.

(4) انظر الضمان ص١٧-١٥٩.

(5) انظر النظريات الفقهية ص١٩٦-٢٢٦.

(6) انظر النظرية العامة للالتزامات في الفقه ص٩١.

(7) انظر المقارنات والمقابلات ص٢٢.

(8) انظر ص٢٠٢-٢٠٣-٢٠٤ ففيه تفصيل عن حكم تقدير التعويض قبل وقوع الضرر والأدلة على ذلك.

من الضرر الواقع وأكثر القوانين والأنظمة تجيز هذه الزيادة[١] ولم يخالف إلا القانون الأردني والإماراتي[٢]. د- يؤدي إلى التنازع والاختلاف مادام أنه يجوز تعديله في حالة المغالاة فيه[٣]. وهذه الأمور تخالف أحكام الشريعة ومقاصدها.

ونوقش بما يلي:

بأنه لا يسلم بأن في الأمر غرراً وجهالة، ولا أكل أموال الناس بالباطل، لأن الأمر في الشرط الجزائي عند الاختلاف يرجع فيه للقاضي ليعدله ليتوافق مع العدل[٤].

وأجيب عنه:

بأنه مادام الأمر سيترك في نهاية الأمر للقضاء فلم لا يترك من أول الأمر بدلاً من التقدير الذي يؤدي إلى مزيد من الشحناء والبغضاء، ثم إن الشرط الجزائي في واقع الأمر أصبح يستحق بمجرد الإخلال وأصبح ذلك عرفاً جرى بين الناس وأكده الحكم بجواز الشرط الجزائي وأنه لا يعدل إلا في حالة المغالاة فيه[٥] مما يجعل الزيادة غير المبالغ فيها عن الضرر حقاً مستحقاً كثمن المبيع وهنا مكمن الخطر إذ أن فيه تأكيداً لأكل أموال الناس بالباطل، فلا تسلم هذه

---

(1) انظر ص٢٢-٢٣ .

(2) انظر ص٢٢-٢٣ .

(3) انظر قرارات مجمع الفقه الإسلامي للدورة الثانية عشرة القرار رقم ١٠٩ (١٢/٣) ص٦، ومجلة البحوث الإسلامية العدد الثاني ١٣٩٥هـ ص١٤٢.

(4) انظر الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله للحموي ص٣٨٢ وما بعدها، وقرارات مجمع الفقه لمنظمة المؤتمر الإسلامي للدورة الثانية عشرة ص٦.

(5) انظر مجلة البحوث الإسلامية العدد الثاني ١٣٩٥هـ ص١٤٢، وقرارات مجمع الفقه لمنظمة المؤتمر الإسلامي للدورة الثانية عشرة ص٦.

الإجابة، بل واقع الحال يدل على أن الحكم بجوازه يؤدي إلى استباحة أكل أموال الناس بالباطل ـ وإلا فعلى أي وجه تخرج الزيادة عن مقدار الضرر ـ وإلى الغرر لا إلى عدمهما ولا سبيل إلى منع هذه المحرمات إلا بترك تقدير التعويض عن الضرر إلى وقت وقوع الضرر لا قبله.

ونوقش كذلك:

بأنه لا يسلم بأنه يؤدي إلى التنازع بل العكس يؤدي إلى فوائد كثيرة.

وأجيب عنه:

بأنه يؤدي إما إلى التنازع أو إلى أكل أموال الناس بالباطل ـ إن رضي الطرف الآخر ـ وأما إذا وافق التعويض الضرر الواقع فهذه الحالة الوحيدة التي يصبح الأمر فيها موافقاً للعدل وهي حالة من ثلاث.

٢)- الدليل الثاني:

أن تقدير التعويض عن الضرر موكول إلى القضاء في جميع الأحوال فلا يجوز تقديره مقدماً بالشرط الجزائي[١].

ونوقش بما يلي:

بأنه لا يسلم بأن التعويض موكول للقضاء مطلقاً إنما هذا عند التنازع[٢] أما عند الاتفاق فلا يلزم تركه للقضاء.

وأجيب:

بأنه ما دام الأمر عند التنازع موكول للقضاء، وما دام أن دعوى الضرر صعبة المنال، وعسيرة الإثبات[٣]. فيجب ترك تقدير التعويض عن الضرر إلى وقت

---

(1) انظر هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض للزرقا ص٩٧.

(2) انظر قرارات مجمع الفقه لمنظمة المؤتمر الإسلامي للدورة الثانية عشرة ١٤٢١هـ ص٦، ومجلة البحوث الإسلامية العدد (٢) ١٣٩٥هـ ص١٤٢.

(3) انظر الشروط الجعلية في القرض للعبودي ص١٢٣.

وقوعه وأن لا يقدر قبله، لأن هذا مما يزيد التنازع، ولا ينقصه، لأن الاتفاق المسبق على وقوع الضرر لا يغني شيئاً مادام الأمر سيرجع للقضاء عند التنازع[١] مما يزيد الأمر سوءاً يقول الشيخ مصطفى الزرقا: (مرجع تقدير ضرر الدائن يعود إلى القضاء في جميع الأحوال)[٢].

٣)- الدليل الثالث:

أن الشرط الجزائي يستحق عن الأضرار الأدبية والمعنوية وتفويت الفرصة المتوهمة والكسب المظنون عند مجرد الإخلال بالالتزام وهذه ترجح أنه لا يجوز التعويض المالي عنها[٣]. وبالتالي لا يجوز الشرط الجزائي لأن ما يستحق لأجله باطل فهو باطل.

ونوقش:

بأنه لا يسلم عدم جواز التعويض المالي عن الأضرار الأدبية والمعنوية ومجرد الإخلال فهذا محل نزاع فلا يستدل به.

٤)- الدليل الرابع:

أن الشرط الجزائي لا يخلو من إحدى أربع حالات:

أ- أن يزيد التعويض عن الضرر ويدفع التعويض فهذا أكل لأموال الناس بالباطل.

---

(1) انظر قرارات مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي الدورة الثانية عشرة ١٤٢١هـ ص٦، ومجلة البحوث الإسلامية العدد (٢) ١٣٩٥هـ ص١٤٢.

(2) هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض ص٩٧.

(3) انظر ص١٦٩ وما بعدها وص١٧٩ وما بعدها.

ب- أن ينقص التعويض عن الضرر ولا يطالب المتضرر نزولاً عند الشرط الجزائي وهذا كسابقه.

ج- أن يتنازعا فيه ويرفعاه إلى القضاء فهنا زاد الشرط الجزائي من التنازع، بل وأدى إليه.

د- أن يساوي التعويض الضرر وهذه الحالة الوحيدة الموافقة للعدل فلا تجوز معاملة هذا واقعها.

٥)- الدليل الخامس:

سد الذريعة فالشرط الجزائي إذا كان قد يؤدي إلى التنازع وأكل الأموال بالباطل والغرر والقمار فسداً لذريعة المحرم يمنع الشرط الجزائي.

٦)- الدليل السادس:

أن الشريعة كفلت تعويض المتضرر بعد وقوع الضرر تحرياً للعدل والحق والإنصاف والمساواة بين التعويض والضرر، ومراعاة الجانبين[١] ولا أدل على ذلك من حديث (لا ضرر ولا ضرار)[٢] والقواعد الفقهية المستقاة منه[٣] فلا يعدل عن هذا إلى هذه المعاملة المستحدثة المنقولة عن القانون الوضعي البشري القاصر الذي نظر إلى مصلحة المشترط فقط دون الطرف الثاني.

ونوقش بما يلي:

أنه ليس في الشريعة ما يمنع من أخذ بعض المعاملات الدنيوية إذا كان فيها مصلحة، ولم تكن خاصة بهم ولم تؤد إلى التشبه.

---

(1) انظر الفصل الأول من هذا الباب عن التعويض عن الضرر ص١٩٩ وما بعدها.

(2) سبق تخريجه ص١٧٩-١٨٠.

(3) مثل قاعدة (الضرر يزال) و(الضرر لا يزال بالضرر) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧٣-١٧٦.

وأجيب:
بأن حرمة الشرط الجزائي لم تأت من هذا الوجه وإنما لما فيه من مخالفة الأصول، والقواعد الشرعية.

الترجيح:

والراجح ــ والله أعلم ــ هو القول الثالث وهو عدم صحة الشرط الجزائي لما يلي:

١- لقوة أدلته وضعف أدلة القول الأول، والثاني ووجاهة النقد الموجه إلى أدلتهما.
٢- أن أكثر القوانين، والأنظمة تقر زيادة الشرط الجزائي على الضرر الواقع[١] فعلاً ــ عدا القانون الأردني والإماراتي[٢] ــ وقرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية جاء مجملاً ولم يفصل في هذا الموضوع ومما جاء فيه (وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة، أو لحق من مضرة)[٣] وكذا قرار مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي لم يوضح حكم زيادة التعويض في الشرط الجزائي عن الضرر الواقع فعلاً فجاءت عبارته مجملة حيث جاء في الفقرة السابعة من القرار ما يلي: (يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك، أو كان مبالغاً فيه)[٤] ولاشك أن زيادة التعويض عن الضرر ظلم لا تقره الشريعة لأن التعويض عن الضرر في الشريعة

---

(1) انظر ص٢٢-٢٣ .

(2) انظر ص٢٢-٢٣ .

(3) مجلة البحوث الإسلامية العدد (٢) ١٣٩٥هـ ص١٤٢.

(4) قرارات الدورة الثانية عشرة ص٦

قائم على المساواة والعدل كما سبق بيانه[1]. والشرط الجزائي يفتح الباب واسعاً لكسر هذا الأصل.

٣- أنه لو قيل بوجوب مساواة الشرط الجزائي للضرر كما نص القانون الأردني والإماراتي مع إطلاق يد القضاء للتعديل[2] لأصبح الشرط الجزائي عديم الفائدة بل عبث تنزه عنه العقود، فلم لا يترك التقدير إلى حين وقوع الضرر فتقديره مسبقاً يؤدي إلى التنازع، لأنه يعطي المقدر له نوع حق يصعب التنازل عنه وفتح المجال للقضاء للتعديل ليس محصوراً على القانون الأردني والإماراتي بل كل القوانين العربية على ذلك[3] وجاء قرار مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجواز تدخل المحكمة لتعديل الشرط الجزائي[4] وهذا يقلل من فائدة الشرط الجزائي بل يصبح معها عديم الفائدة كما نص على ذلك أهل القانون أنفسهم[5] وإذا كان الأمر كذلك فلم لا يترك تقدير التعويض إلى ما بعد وقوع الضرر كما هو الحال في الشريعة.

٤- أن الشرط الجزائي لا فائدة منه حقيقة إلا التهديد المالي[6] بحيث أصبح سيفاً مصلتاً على رقاب المتعاملين وهذا ما تأباه الشريعة كما نص على ذلك قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية[1].

---

(1) انظر ص١٦٤ وما بعدها .

(2) انظر ص٢٢ .

(3) انظر ص٢٢ .

(4) انظر قرارات الدورة الثانية عشرة للمجمع ص٦.

(5) انظر البند الجزائي لناصيف ص٣٧، والشرط الجزائي للرويشد ص٧٩.

(6) يقول إلياس ناصيف: (أن صفة التعويض وحدها تجرد البند الجزائي من فاعليته وسبب وجوده فالبند الجزائي.... ما هو إلا تعويض من نوع خاص عن عدم التنفيذ العقدي، يتضمن معنى التهديد

ولقد سألت بعض القضاة في المحكمة الكبرى في الرياض عن واقع الشرط الجزائي فأجاب بأن أكثر المتعاقدين لا يستحلون أخذه وأنهم يصرحون بأن هدفهم التهديد به وأن غالب القضايا تنتهي بالصلح على إكمال العقد على وجه السرعة، أو تعديل الأخطاء.

٥- أنه تعاقد على ما لا يجوز التعاقد عليه وهو التعويض عن الضرر كما سبق بيانه[٢].

٦- أن تقدير التعويض غالباً عسير وصعب المنال[٣] يستدعي الرجوع إلى القضاء واستشارة الخبراء[٤] هذا بعد وقوع الضرر فكيف يقدر قبله؟.

٧- أن تكييف الشرط الجزائي على أنه ليس تعويضاً عن الضرر كما كيفه بعض القانونيين على أنه تأمين، أو مجرد اتفاق، أو عقوبة، أو مزيج من العقوبة والتعويض يؤكد حرمته وفساده قطعاً كما سبق بيانه عند الحديث عن تكييف الشرط الجزائي[٥]، لأن هذه الكيفيات مبنية على الظلم والاستغلال وأكل أموال الناس بالباطل.

فضلاً عن فرض التعويض الجزافي المسبق) البند الجزائي ص٣٧، وهذا يؤكد القول بفساد الشرط الجزائي.

(1) انظر مجلة البحوث الإسلامية العدد ٢ ص١٤٢.

(2) انظر ص٢٠٢ .

(3) انظر الشروط الجعلية في القرض للعبودي ص١٢٣ .

(4) انظر التعويض عن الضرر لبوساق ص٢٥٧ وما بعدها.

(5) انظر ص١٢٩-١٣٠.

٨- أنه ثبت رجحان عدم التعويض عن الأضرار الأدبية والمعنوية ومجـــرد الإخلال وتفويت الفرصة المتوهمة[١] وهي من الأمــور التـــي يـــستحق بموجبها الشرط الجزائي وهذا للاعتضاد وليس للاعتماد.

٩- أن الشريعة عالجت التعويض عن الضرر ــ بعد وقوعه ــ بمـــا يحقـــق العدل فلا داعي للشرط الجزائي مع ما فيه من المفاسد المترتبة على تقدير التعويض جزافاً قبل وقوع الضرر[٢].

١٠- أن مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي نص على عدم جواز الشرط الجزائي في السلم حيث جاء في قراره رقم: ١٠٩ (١٢/٣) بشأن الشرط الجزائي ما يلي: (ثانياً: يؤكد المجلس قراراته الـــسابقة بالنـــسبة للشرط الجزائي الواردة في قراره في السلم رقم ٨٥ (٩/٢) ونـــصه: لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه، لأنه عبارة عـــن دين ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير)[٣] وفي نفس الوقت أجاز الشرط الجزائي في عقود التوريد في جانب المورد[٤] مع أن التوريد في بعض صوره هو عقد سلم ولا فرق[٥].

١١- الذي أدى إلى القول بجوازه أمور منها:

أ- الخطأ في بناء حكم الشرط الجزائي على أن الأصـــل فـــي الـــشروط المقترنة الإباحة فقط وهذا سبق بيانه[٦].

---

(1) انظر ص١٧٧-١٩٥.

(2) انظر ص٢٠٢ وما بعدها.

(3) قرارات الدورة الثانية عشرة للمجمع ١٤٢١هـــ ص٥ .

(4) انظر قرار المجمع ص٢١٥ .

(5) انظر صور التوريد ص٣٢٠-٣٢١ .

(6) انظر ص١٢٤ وما بعدها .

ب- كثرة وقوعه والتعامل به بين الناس حتى أصبح عرفاً جارياً مما أدى إلى القول بجوازه ومعلوم أن العرف متى خالف الأدلة كان فاسداً غير معتبر.

ج- الفوائد المزعومة لهذه المعاملـــة، والمزايـــا المستحـــسنة والمـــصالح المرجوة مع أن المصالح في الشرط الجزائي إما متوهمة، أو مخالفـــة للدليل فتكون ملغاة.

المبحث الثالث

آثار الشرط الجزائي

المطلب الأول: أثر الشرط الجزائي في الديون:

سبق بيان حكم الشرط الجزائي في الديون وأنه من الربا المحرم والشرط المؤدي للربا شرط فاسد يتعدى فساده إلى العقد فيفسده وهذا ما سبق بيانه عند الحديث عن الشروط الفاسدة عند المذاهب الفقهية وأثرها[١].

فأثر الشرط الجزائي في الديون إذاً هو إفساد العقد لأنه شرط ربا وشرط الربا متفق على فساده وإفساده للعقد[٢].

---

(1) انظر ص٧٧-٨٩-٩٥-١٠٢ .

(2) انظر الشروط الجعلية في عقد البيع للحكمي ص٤٧-٧٦.

المطلب الثاني: أثر الشرط الجزائي في غير الديون:

سبق الحديث عن حكم الشرط الجزائي في غير الديون ورجح القول بفساده ومن أدلة فساده وبطلانه أنه يؤدي إلى الغرر، والجهالة، وأكل أموال الناس بالباطل، والتنازع والاختلاف، وهو كذلك تعاقد على ما لا يجوز التعاقد عليه إلى غير ذلك من الأدلة[١].

ولا شك أن هذه المعاني متى توفرت في شرط من الشروط فإن فساده لا يقتصر عليه بل يتعداه إلى إفساد العقد المقترن به[٢] وهذا الذي عليه المذاهب الأربعة[٣] ولكن الشرط الجزائي في غير الديون:

١- فيه خلاف قوي حيث رجح جوازه جمهور العلماء المعاصرين[٤].

٢- مع ما في الحكم بفساد العقد من إبطال كثير من عقود الناس.

٣- كذلك فإن الشرط الجزائي في غير الديون لا يقصد به الربح، وإنما يقصد به التهديد والحث على الوفاء.

٤- ولأنه شرط لا يؤدي إلى جهالة الربح فيقتصر فساده عليه، ولا يفسد به العقد[٥].

فجهالة الشرط الجزائي مقتصرة عليه ولا تتعدى إلى العقد فيقتصر الفساد عليه.

فلهذه الأمور الأربعة لعله يترجح أن أثر الشرط الجزائي في غير الديون لا يتعداه إلى العقد بل يقتصر الفساد عليه فيكون لغواً غير معتبر ويصح العقد المقترن به ويقدر التعويض بعد وقوع الضرر.

---

(1) انظر ص٢٠٢ وما بعدها .

(2) انظر نظرية الشرط للشاذلي ص١٨٨-١٩٠-٢٢٩-٢٥٩-٢٩٣ وما بعدها، والشروط الجعلية في عقد البيع للحكمي ص٧٦.

(3) انظر ص٧٦ وما بعدها وص٨٨-٨٩ وص٩٤ وما بعدها وص١٠١ وما بعدها.

(4) انظر ص ٢١٥.

(5) انظر المغني لابن قدامة ١٧٩/٧، والغرر وأثره في العقود للضرير ص٥٧٨.

الفصل الثالث

الوفاء بالشرط الجزائي وأثر الأعذار الطارئة

ويشتمل على مبحثين هما:

المبحث الأول: الوفاء بالشرط الجزائي

المبحث الثاني: الأعذار الطارئة على العقـود وأثرهـا فـي الـشرط الجزائي

الفصل الثالث

الوفاء بالشرط الجزائي وأثر الأعذار الطارئة[1]

المبحث الأول: الوفاء بالشرط الجزائي

المطلب الأول: حكم الوفاء بالشرط الجزائي في غير الديون وشروط استحقاقه:

يجب الوفاء بالشرط الجزائي عند من قال بصحته، لأن الشرط الصحيح متى وقع برضا الطرفين فإنه يفيد الالتزام الكامل ويجب الوفاء به من الملتزم وذلك بنص الشارع وإجماع الأمة[٢] .

قال ﷺ : (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)[٣] .

والشرط: عقد وعهد فيلزم الوفاء به بنص القرآن قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[٤] وقال تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾[٥].

لكن وجوب الوفاء بالشرط الجزائي في غير الديون مرتبط بأربعة شروط هي شروط استحقاقه فإن توفرت استحق المشترِط التعويض المشترَط وإن اختل أحدها لم يستحق التعويض المشروط.

---

[1] هذا الفصل خاص بمن صحح الشرط الجزائي في غير الديون دون من رأى عدم صحته.

[2] انظر الشروط الجعلية في عقد البيع للحكمي ص٦٥.

[3] سبق تخريجه انظر ص٩٩-١٠٠.

[4] سورة المائدة الآية (١)

[5] سورة الإسراء الآية: (٣٤).

والشروط[1] على وجه الاختصار هي:

١- الشرط الأول: إخلال الملتزم بالتزامه[2] ، وذلك بعدم التنفيذ، أو التـأخر فيه، أو التنفيذ المعيب، أو الجزئي وغير ذلك مما فيه إخلال بالالتزام[3] .

٢- الشرط الثاني: الضرر: يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي ـ عند من قال بصحته ـ وقوع الضرر بسبب الإخلال. فإن حصل الإخلال ولـم يقـع ضرر على المشترط لم يستحق الشرط الجزائي[4] .

والضرر الذي يستحق به الشرط الجزائـي يـشمل الـضرر الحقيقـي والمعنوي وتفويت الفرصة والكسب المحتمل[5] وقد سبق أن بينت أن الراجح

---

[1] هذه الشروط هي التي ذكرها القانونيون وتبعهم في ذكرها بعض الفقهاء المعاصرين انظر الوسيط للسنهوري ٨٥٦/٢، وما بعدها، وتعويض الضرر لأبي الليل ص٥٠٩، والنظرية العامة للالتزام لتوفيق فرج ص٤١، والشرط الجزائي للرويشد ص١٥٠ وما بعدها، والشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص١١٣، والشرط الجزائي للحموي ص٢٥٦ وما بعدها، والشرط الجزائي للشهري ص١٨٩، وما بعدها وهي نفس شروط التعويض في القانون. انظر الوسيط للسنهوري ٨٥٥/٢، والنظرية العامة للالتزام لتوفيق حسن فرج ٤١/٢.

[2] عبر القانونيون عن هذا الشرط بالخطأ انظر الوسيط للسنهوري ٨٥٦/٢، والوافي لمرقس ١٨٤/٤، والتعويض المدني لقزمان ١٠٧.

[3] انظر النظرية العامة للالتزامات في القانون الأردني لمنذر فضل ٧٥/١، ونظرية الالتزام لأبي ستيت ص٣٢٦، وتعويض الضرر لأبي الليل ص٥١٩، ومصادر الالتزام في القانون الأردني لأنور سلطان ص٢٣٢، والوسيط للسنهوري ٨٥٦/٢، والوافي لمرقس ١٨٤/٤، والشرط الجزائي للحموي ص٢٥٦، والشرط الجزائي للشهري ص١٩٠.

[4] انظر قرارات الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي ص٦، والشرط الجزائي للحموي ص٢٦٣، وما بعدها والشرط الجزائي للشهري ص٢٠١ وما بعدها، والوسيط للسنهوري ٨٥٦/٢، وما بعدها، والوافي لمرقس ١٨٥/٤، وتعويض الضرر لأبي الليل ص٥٠٩، والشرط الجزائي للرويشد ص١٧١، وأحكام الالتزام لجلال العدوي ص١٤٣.

[5] انظر المراجع في الفقرة السابقة عدا المرجع الأول.

هو عدم التعويض عن الأضرار المعنوية والكسب المحتمل[١] وهو ما نــص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم: ١٠٩ (١٢/٣) بشأن (الشرط الجزائي) في الدورة الثانية عشرة ١٤٢١هـ حيث جاء في الفقرة الخامسة منه ما يلي: (الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي وما لحق المضرور من خسارة حقيقية وما فاته من كــسب مؤكــد ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي)[٢] .

٣- الشرط الثالث: الإفضاء[٣]

لابد لاستحقاق الشرط لجزائي من أن يكون إخلال الملتزم هو المفــضي إلى وقوع الضرر، أما إذا كان الضرر نتيجة لفعل غير الملتزم كفعل المشترط نفسه، أو فعل أجنبي عن المتعاقدين، أو لأسباب وأعذار طارئــة فــلا يجــب الشرط الجزائي على الملتزم الذي هو المكلف بإثبات أن الضرر لم يكن بسببه، وإلا فالأصل استحقاق الشرط الجزائي بمجرد الإخلال[٤] .

---

(1) انظر ص ١٧٧-١٨٠-١٩٥ .

(2) القرارات والتوصيات للدورة الثانية عشرة ١٤٢١هـ. ص٦

(3) الإفضاء هو: الانتهاء إلى الشيء فأفضى فلان إلى فلان وصل إليه. انظر لسان العرب لابن منظور ١٥٧/١٥، والإفضاء هو تعبير محمد فوزي فيض الله في نظرية الضمان ص٩٦ وعبر القانونيون عن هذا الشرط (بالعلاقة السببية) انظر الوافي لمرقس ١٨٩/٤، وتعويض الضرر لأبي الليل ص٥٢٩، والوسيط للسنهوري ٨٥٩/٢، والشرط الجزائي للرويشد ص٢١١، والنظرية العامة للالتزامات للبدراوي ٩١/٢.

(4) انظر الوافي لمرقس ١٨٩/٤، ومصادر الالتزام في القانون الاردني أنور سلطان ص٢٤٨ وتعويض الضرر لأبي الليل ص٥٢٩، والوسيط للسنهوري ٨٥٩/٢، والشرط الجزائي للرويشد ص٢١١، والوسيط لطلبة ص٥٩٨، والنظرية العامة للالتزامات للبدراوي ٩١/٢، والشرط الجزائي للشهري ص٢١٤، والشرط الجزائي للحموي ص٢٧٤.

٤- الشرط الرابع: الإعذار، أو الإنذار[١]

وهو تنبيه المتعهد من قبل المتعهد له بوجوب أداء ما عليه من التزام قبل توقيع الشرط الجزائي عليه، ومطالبته بالتعويض مما يشعر أن المتعهد له غير متهاون في المطالبة بحقه عند وجود ما يوجب ذلك.

وقد يستحق الشرط الجزائي بدون إنذار متى اتفق الطرفان مسبقاً على تركه، أو كان النظام ينص على عدم اعتباره[٢] .

---

(1) الإعذار: من عذر واعتذر أي صار ذا عذر في إيقاع العقوبة. انظر مختار الصحاح للرازي ص٢٠١، والإنذار: وهو الإبلاغ ولا يكون إلا في التخويف. انظر مختار الصحاح للرازي ص٢٩٦ وهذا الشرط وهو الإعذار يؤكد شبه الشرط الجزائي في القانون بالعقوبة، لأن الإعذار في الفقه يكون للمرتدين والبغاة انظر الشرط الجزائي للحموي ص٢٨٩، والشرط الجزائي للرويشد ص٢٥١ مما يؤكد القول بحرمة الشرط الجزائي.

(2) انظر النظرية العامة للالتزامات للبدراوي ٥٢/٢، وأحكام الالتزام لعبد الودود يحيى ص٢٧، والشرط الجزائي للرويشد ص٢٣٥، وما بعدها، والشرط الجزائي في القانون الجزائري لنجاري عبد الله ص١٢٥ وما بعدها، والوسيط للسنهوري ٨٥٩/٢، وتعويض الضرر لأبي الليل ص٥٣٣، والوافي لمرقس ص١٨٥، والبند الجزائي للمهتار ص١٢٤، والشرط الجزائي للحموي ص٢٨٧.

المطلب الثاني: الضرر اللاحق بسبب المشترط[١]:

إذا كان الإخلال بالعقد المشتمل على شرط جزائي بسبب المشترط المتــضرر كمن استأجر سفينة لحمل بضائع معينة لإيصالها في وقت محدد ووضع علــى صاحب السفينة شرطاً جزائياً إن لم تصل في الوقت المحدد، لكــن المــستأجر المشترط زاد في حمولة السفينة عما هو مقرر مما أدى إلى تأخر السفينة لهذا السبب، فهنا لا يستحق الشرط الجزائي، لأنه اختل أحد شروط استحقاق الشرط الجزائي وهو تسبب الملتزم بالإخلال حيث إن المتسبب هو المشترط نفسه[٢] .

وهذا الأمر ــ أي تحميل العاقد مسئولية فعله ــ مقرر فــي الــشريعة الإسلامية فإذا تلف المبيع المحتاج إلى قبض قبل قبضه فمن ضمان البائع لكن لو حصل التلف بفعل المشتري كان من ضمانه لا خلاف بين العلماء في ذلك[٣]

---

[1] علل القانون عدم استحقاق الشرط الجزائي إذا كان الإخلال بفعل المشترط بمبدأ أصيل في القانون وهو: (أنه لا يمكن أن نغتني بسبب أخطائنا) الشرط الجزائي للرويشد ص٢١٧، وهذا يعضد القول بحرمة الشرط الجزائي إذ هو في القانون وسيلة للثراء.

[2] انظر مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني لأنور سلطان ص٢٣٩ وما بعدها، والشرط الجزائي للرويشد ص٢١٧ وما بعدها، والشرط الجزائي للحموي ص٢٨٢، وتعويض الضرر لأبي الليل ص٥٢٩، والفعل الضار للزرقا ص٩٨ – ١١٦.

[3] انظر تحفة الفقهاء للسمرقندي ٤٩/٢، وبدائع الصنائع للكاساني ٢٣٨/٥، وحاشية ابن عابدين ٤٢/٤، ودرر الحكام لعلي حيدر ٢٢٢/١- ٢٣٤، وإعلاء السنن للتهانوي ٣٤٣/١٤-٣٤٥، وعقد الجواهر لابن شاس ٥٠٥/٢، والذخيرة للقرافي ١٣٠/٥، والشرح الصغير للدردير ١٢٥/٣، والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ١٥٠/٣، وشرح الخرشي ١٦٢/٥، والتنبيه للشيرازي ص٨٧، وفتح العزيز للرافعي ٢٨٨/٤، وروضة الطالبين للنووي ٤٩٩/٣-٥٠٠، وأسنى المطالب للأنصاري ٧٩/٢ ونهاية المحتاج للرملي ٧٦/٤-٨١، ومغني المحتاج للشربيني ٦٦/٢، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ٥٤١/٣، والإقناع للحجاوي ٢٣٦/٢، ومنتهى الإرادات لابن النجار ٣٣٦/٢، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٩١/٢، وأسباب انحلال العقود المالية للعايد ص٥٤٩.

المطلب الثالث: الضرر اللاحق بسبب غير المتعاقدين:

إذا وقع الإخلال بالعقد، فتأخر التنفيذ، أو امتنع بسبب شخص ثالث غير المتعاقدين فلا يطالب الملتزم بالشرط الجزائي، لأن شرط استحقاق الشرط الجزائي وهو أن يكون الإخلال بسبب الملتزم قد تخلف فلا يسأل الشخص عن ضرر وقع بسبب غيره قال تعالى: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾[1] .

ومثاله: لو اتفق شخص مع مقاول على بناء عمارة فادعى شخص ثالث ملكية الأرض كذباً مما أدى إلى تعطيل العمل فتأخر تنفيذ العقد[2] .

وهذا الأمر مقرر في الشريعة الإسلامية كذلك فلو أتلف أجنبي المبيع فإنه من ضمان الأجنبي باتفاق الفقهاء[3] .

---

(1) سورة الإسراء الآية (١٥).

(2) انظر مصادر الالتزام في القانون الأردني لأنور سلطان ص٣٤٣، والشرط الجزائي للرويشد ص٢٣١، وموسوعة العقود المدنية والتجارية لناصيف ص٣٢٥، وأصول الالتزام في القانون الكويتي لبدر اليعقوب ص٣٤٦، والفعل الضار للزرقا ص١٦، والمادة (٢٨٦) من نصوص مواد النظرية العامة للالتزامات في الفقه الإسلامي ــ ملحق بالمدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للزرقا ص٣٣٦، والشرط الجزائي للحموي ص٢٨٤.

(3) انظر بدائع الصنائع للكاساني ٢٣٨/٥، والبحر الرائق لابن نجيم ١٥/٦، وحاشية ابن عابدين ٤٢/٤، درر الحكام لعلي حيدر ٢٣٤/١، والذخيرة للقرافي ١٣٠/٥، وحاشية الدسوقي ١٥٠/٣، وعقد الجواهر لابن شاس ٥٠٥/٢، والتاج والإكليل للمواق ٤٨٢/٤، والشرح الصغير للدردير ١٢٥/٣، والتنبيه للشيرازي ص٨٧، وفتح العزيز للرافعي ٢٨٨/٤- ٢٨٩، وروضة الطالبين للنووي ٥٠٠/٣ وأسنى المطالب للأنصاري ٧٩/٢، والإقناع للحجاوي ٢٣٦/٢، وغاية المنتهى لمرعي بن يوسف ٤٩/٢-٦٨، ومنتهى الإرادات لابن النجار ٣٣٦/٢، والكافي لابن قدامة ٤٦/٣، وانظر أحكام الرجوع في عقود المعاوضات المالية لفضل الرحيم بن محمد عثمان ٥١١/٢.

المبحث الثاني
الأعذار الطارئة على العقود وأثرها في الشرط الجزائي

المطلب الأول: معنى الأعذار الطارئة[1]:

الأعذار لغة: جمع عذر والعذر هو الحجة التي يعتذر بها، وتعذر عليه الأمر: لم يستقم، وتعذر عليه الأمر إذا صعب وتعسر.[٢] .

والطارئة لغة: من طرأ يطرأ ما يأتي فجاءة، يقال: طرأ على القوم أتاهم من مكان بعيد، أو طلع عليهم من بلد آخر أو خرج عليهم من مكان بعيد فجاءة أو أتاهم من غير أن يعلموا[٣] .

---

[1] يقابلها في القانون أمران: أ) نظرية الظروف الطارئة وهي: الحادث العام النادر الوقوع كزلزال، أو حرب، أو وباء، أو ارتفاع باهظ في الأسعار، أو نزول فاحش فيها يطرأ على العقد فيما بين إبرامه وتنفيذه وألا يكون بالإمكان توقعه، أو التحرز منه. انظر الوسيط للسنهوري ٧٠٤/١ – ٧١٦، ومجموعة المبادي الشرعية والنظامية لديوان المظالم ١٤٠١ ص٢١ وما بعدها، وآثار الظروف الطارئة لعبد الحكيم فودة ص٥٥، والأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي ٦٧٢-٦٧٣، وما بعدها .
ب) نظرية القوة القاهرة: وتتفق مع التي قبلها في المفاجأة وعدم التوقع، وأنه لا يد للمتعاقدين في حدوثها ويختلفان في أمرين (١) من جهة الأثر. القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بينما الحادث الطارئ يجعل التنفيذ مرهقاً دون أن يبلغ حد الاستحالة.(٢) ومن جهة الجزاء القوة القاهرة تفضي إلى انقضاء الالتزام ولكن الحادث الطارئ يترتب عليه رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول انظر نظرية الظروف الطارئة لفاضل النعيمي ص٩٠، وآثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية لعبد الحكيم فودة ص١٧٦، ومصادر الالتزام في القانون الأردني لأنور سلطان ص٢٢٩، والأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي ص٧٦٩، وما بعدها وأحكام الطوارئ للوادعي ١٢١٤/٢.

[2] انظر لسان العرب لابن منظور ٥٤٥/٤ – ٥٤٩.

[3] انظر لسان العرب لابن منظور ١٤/١.

والأعذار الطارئة في الاصطلاح هي: الأمور التـي تحـدث فجـاءة ولا يـد للمتعاقدين فيها ــ وتكون في العقود المتراخية غالباً كبيع التقـسيط والمقاولـة والتوريد ــ فيستحيل، أو يصعب معها استمرار العقد على وضـعه الأصـلي فيفسخ العقد، أو تعدل آثاره كتأخير تنفيذ العقد مثلاً[١] .

ومثال الأعذار الطارئة ما يلي:

أن تتفق مؤسسة مع مقاول بناء على إنشاء عمارة سـكنية بـسعر ٥٠٠ ريال للمتر وكان سعر المواد من حديد وإسمنت وغيرها عند العقد ٣٠٠ ريال ولكن حدثت حرب أثرت على أسعار الشحن فارتفعت أسعار المواد الخام إلى ٦٠٠ ريال فهذا عذر طارئ جعل الاستمرار في العقد فيه مشقة خارجة عـن المألوف على المقاول.

ومن الأمثلة التي ذكرها الفقهاء للطوارئ وعالجوها وفـق قاعـدة (الـضرر يزال)[٢] المستفادة من قول النبي ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)[٣] :

---

[1] انظر نظرية الظروف الطارئة لفاضل النعيمي ص٢١ وما بعدها، وأحكام الطوارئ للوادعي ١١٩٥٠/٢، وما بعدها.

[2] إحدى القواعد الفقهية الخمس الكبرى. انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧٣، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٧٢، وقواعد الفقه الإسلامي للروكي ص١٩٧، والأشباه والنظائر للسبكي ٤١/١، يقول د. عبد السلام العالم: (يمكننا القول دون تردد بأن نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي نظرية فسيحة المدى، خصبة النتائج، تتسع لنظرية الظروف الطارئة) القول الواضح في بيان الجوائح للحطاب تحقيق عبد السلام العالم ص٣٣.

[3] سبق تخريجه انظر ص١٧٩-١٨٠.

١- الأعذار في عقد الإجارة وهي: ما يطرأ على عقد الإجارة من أمور يترتب عليها ضرر يلحق بأحد العاقدين عند مضيه في العقد سواء كان العذر من جانب المؤجر[١] ، أو المستأجر[٢] ، أو العين[٣] المستأجرة[٤] .

٢- الجوائح في بيع الثمار. والجوائح لغة: جمع جائحة من الجوح وهو أصل واحد يدل على استئصال الشيء ومنه اشتقاق الجائحة[٥] والجائحة: الشدة، والنازلة العظيمة التي تجتاح المال من سنة، أو فتنة وهي المصيبة التي تحل بالرجل في ماله فتهلكه كله[٦] .

والجائحة اصطلاحاً: مالا يستطاع دفعه[٧] ولا تضمينه[٨] إذا أتلف، أو أنقص العوض قبل تمام قبضه[٩] .

---

[1] كمن أجر داره ثم أفلس المؤجر، ولزمته ديون كثيرة لا يقدر على إيفائها إلا ببيع العين المؤجرة، ولا يملك مالاً غيرها ولا يوجد من يشتريها وهي مؤجرة. انظر أحكام الرجوع في عقود المعاوضات لفضل الرحيم عثمان ٨٧٢/٣.

[2] كمن استأجر دابة للحج عليها ثم مرض، أو حبسته الشرطة، أو تلفت نفقة حجه. انظر أحكام الرجوع لفضل الرحيم عثمان ٨٥٥/٣.

[3] كتهدم الدار المؤجرة، أو موت الدابة، أو غرق المزرعة المستأجرة أو انقطع عنها الماء. انظر الجوائح وأحكامها للثنيان ص٢٣٢.

[4] انظر الجوائح وأحكامها للثنيان ص٣٧، وأحكام الطوارئ للوادعي ٩٦٨/٢.

[5] انظر معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٩٢/١.

[6] انظر لسان العرب لابن منظور ٤٣١/٢ – ٤٣٢، ومختار الصحاح للرازي ص٧٣.

[7] (ما لا يستطاع دفعه): يدخل فيه الآفة السماوية كالريح والبرد وما شابهها من فعل الإنسان الذي لا يمكن دفعه انظر الجوائح للثنيان ص٢٨.

[8] (ولا تضمينه): يدخل في الجائحة ما يسببه الآدمي الذي لا يمكن تضمينه كالجيوش انظر الجوائح للثنيان ص٢٨.

[9] الجوائح وأحكامها للثنيان ص٢٨.

المطلب الثاني: أثر الأعذار الطارئة على العقود والشروط:

إذا كان الشرع المطهر قد أمر بالوفاء بالعقود والشروط وألزم بذلك بقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[1] وغيرها من الآيات والأحاديث الدالة على مثل معناها فإنه في حالة حدوث أعذار وأسباب طارئة تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، أو ملحقاً ضرراً بالغاً، وخسائر جسيمة غير معتادة ــ دون أن يكون ذلك نتيجة تعدي، أو تفريط ــ قد خفف عبء الالتزام العقدي بفسخه، أو تعديل آثار العقد والشروط لتخفيف الضرر مع مراعاة الجانبين.

وبهذا المعنى جاء قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة ١٤٠٢هــ القرار السابع بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية حيث جاء فيه بعد استعراض الأدلة ما يلي: (يقرر مجلس الفقه الإسلامي ما يلي:

١- في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد، والتعهدات، والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً، بأسباب طارئة عامة، لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي، يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة، من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير، أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحالة عند التنازع، وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية، بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد، فيما لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى

---

[1] سورة المائدة الآية (١)

أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له، صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة، التي تلحقه من فسخ العقد، بحيث يتحقق عدل بينهما، دون إرهاق للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة الثقات.

٢- ويحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال.

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر المرهق لأحد العاقدين، بسبب لا يد له فيه وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها)[١] .

ومن الأدلة على أثر الأعذار الطارئة في تعديل آثار العقود، أو فسخها مايلي:

١- قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ﴾[٢] .

٢- وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[٣] .

٣- وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍۚ﴾[٤] . فهذه أدلة عامة في عدم التكليف بما لا يطاق، أو بما يشق مشقة خارجة عن المعتاد.[٥]

---

[1] قرارات المجمع الفقهي الإسلامي ص١٠٧ ــ ١٠٨.

[2] سورة البقرة الآية (٢٨٦).

[3] سورة البقرة الآية: (١٨٥).

[4] سورة الحج الآية: (٧٨).

[5] انظر علم المقاصد الشرعية للخادمي ص١٠٩ وما بعدها، وص١٢٣، وما بعدها وص١٣٠.

٤- قولــه تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[1] فالإعسار وهو عذر طارئ سبب في تأخير الوفاء بالدين[2] .

٥- قوله ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار)[3] .

٦- ما رواه جابر ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : (لو بعت من أخيك ثمــراً، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغيــر حق؟)[4]

وجه الاستدلال:

دل الحديث على أن الجائحة التي تصيب الثمــار ــ كــالبرد والــريح ونحوها من الأعذار الطارئة ــ تؤثر في العقد اللازم بالفسخ دفعاً للضرر مما يدل على أثر العذر الطارئ على العقود.

٧- القواعد الفقهية المستفادة من النصوص السابقة والدالة على إزالة الضرر، ورفع الحرج، ودفع المشقة ومنها:

أ. (الضرر يزال) وتفرع عنها:

---

(1) سورة البقرة الآية: (٢٨٠).

(2) انظر المصباح المنير في تهذيب تفسير ابن كثير إعداد: مجموعة من العلماء بإشراف صفي الرحمن المبار كفوري ص١٩٨.

(3) سبق تخريجه انظر ص١٧٩-١٨٠.

(4) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة والمزارعة باب وضع الجوائح صحيح مسلم بشرح النووي ٢١٦/١٠، وأبو داود في كتاب البيوع والإجارات باب في وضع الجائحة سنن أبي داود ٧٤٦/٣، والنسائي في كتاب البيوع باب وضع الجوائح سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي ٢٦٥/٧، وابن ماجه في كتاب التجارات باب بيع الثمار سنين والجائحة سنن ابن ماجه ٧٤٧/٢، والدارمي في كتاب البيوع باب في الجائحة سنن الدارمي ٣٢٨/٢، والدار قطني في كتاب البيوع سنن الدار قطني ٣٠/٣-٣١، وأحمد في المسند ٧٧/٣، والطحاوي في كتاب البيوع باب الرجل يشتري الثمرة فيقبضها فيصيبها جائحة شرح معاني الآثار للطحاوي ٣٤/٤.

١- الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها.

٢- إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما

ب. المشقة تجلب التيسير ومنها يتفرع قاعدة: إذا ضاق الأمر اتسع[١] .

فهذه النصوص، والقواعد الفقهية المستفادة منها تدل على إزالة الضرر، ورفع الحرج، ودفع المشقة غير المعتادة وأن الأمر إذا ضاق اتسع. ومن رفع الحرج، ودفع المشقة، وإزالة الضرر اعتبار الأعذار الطارئة التي لا دخل للعاقدين فيها عند وقوعها على العقود وعدم الإلزام بموجب العقد الأصلي، لأنه ينافي هذه النصوص والقواعد الشرعية.

وعند التأمل في اعتبار الشريعة للأعذار الطارئة، وأثرها في العقود بالفسخ والتعديل مراعاة لجانب العدل والإنصاف فإن هذا مما يؤكد عدم صحة الشرط الجزائي لما فيه من مراعاة أحد العاقدين وهو المشترط على حساب الآخر، لأن الضرر الذي يستحق به الشرط الجزائي يتعدى الضرر الحقيقي إلى المتوقع المتوهم وهذا ما لا تقره الشريعة بحال، كيف وقد ظهر لنا مدى مراعاتها للجانبين، بل وإبطال العقد اللازم تحقيقاً للعدالة، ورفعاً للحرج، فكيف بعد ذلك يمكن أن يقال بجواز إدراج شرط يقضي بالتعويض المقدر للضرر المتوقع الوهمي الاحتمالي المعنوي.

---

[1] انظر الأشباه والنظائر للسبكي ٤١/١ وما بعدها، والأشباه والنظائر للسيوطي ص١٦٠ – ١٧٢وما بعدها، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٦٤-٧٣-٧٨، والوجير في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو ص٢١٨-٢٣٤-٢٥٨-٢٦٥.

المطلب الثالث: أثر الأعذار الطارئة على الشرط الجزائي[1] .

الشرط الجزائي يدخل غالباً على العقود التي يستغرق تنفيذها وقتاً كعقود التوريد، والمقاولات مما يعرضها للحوادث الطارئة التي لا يد لأحد العاقـدين فيها وينتج عن ذلك تأخير التنفيذ، أو عدم تنفيذه أصلاً ومن الأمثلة المعاصـرة على ذلك ما يلي: في ٢٢جمادى الآخر عام ١٣٩٣هـ. وقع أحد التجار عقـد مقاولة مع إحدى المؤسسات المعمارية لبناء عمارة له في إحدى مدن المملكـة العربية السعودية مكونة من تسعة أدوار سكنية، مـع معـارض فـي الـدور الأرضي، ومواقف للسيارات تحت الأرض بكامل المسطح. وكان المسطح لكل دور ٣٦٠٠م٢.

على أن يتحمل الطرف الثاني (المؤسسة) جميع الأعمال، ومواد البناء، والآلات المختلفة، وغير ذلك مما يلزم لتسليم العمارة كاملة حـسب الـشروط والمواصفات المتفق عليها المرفقة مع العقد.

واتفق الطرفان على أن يدفع الطرف الأول (المالك) للطرف الثاني مبلغاً قدره ٦٥٠ريالاً لكل متر مسطح من العمارة وحدد الدفع بما يتناسب مع مراحل التنفيذ. كما اتفق على أن يتم تسليم العمارة في أربعة وعشرين شهراً من وقت توقيع العقد وإذا تأخر الطرف الثاني في التسليم عن الوقت المحدد، فإنه يتحمل شرطاً جزائياً مقداره ١% من قيمة العقد عن كل شهر يتأخره في التسليم، وأن يعين الطرف الأول جهة يرضاها للإشراف على تنفيذ المشروع للاطمئنان على سيره وموافقته للمواصفات من حيث فنية العمل وجودة المواد.

---

[1] عند من قال بصحته.

وبدأت المؤسسة العمل بنشاط وهمة بحيث سبق التنفيذ معدل الخطة في الأشهر الأولى ولكن بعد ذلك بدأ العمل يفتر، ويتباطأ التنفيذ حتى كاد أن يقف تماماً وسط عام ١٣٩٤هـ. وكانت التقارير التي ترد عن مكتب الإشراف توحي بقرب التوقف عن العمل وتَذْكُر كثيراً تظلمات المقاول واحتجاجه في التأخير بارتفاع أسعار المواد وندرتها، وارتفاع أجور الأيدي العاملة وقلتها، وغلاء المعيشة والسكن والنقل وغيره من الأمور.

ثم توقفت المؤسسة تماماً عن العمل نهاية عام ١٣٩٤هـ، وطالبت بتعديل العقد بما يتناسب مع الأسعار الجديدة التي تضاعفت في بعضها وزاد البعض الآخر عن الضعف عما كان عليه عند إبرام العقد. كما طالبت بتمديد فترة التنفيذ بقدر المدة التي تأخر فيها العمل بسبب ارتفاع الأسعار هذا، أو محاسبة المؤسسة عما تم تنفيذه، وفسخ العقد فيما بقي، لأن المؤسسة لن تستطيع الاستمرار في تنفيذ هذا العقد دون خسارة ما حقه، بل إنها لا تستطيع التنفيذ ولو رصدت لذلك جميع أموالها وإمكانياتها[١] .

ففي هذا المثال شرط جزائي يستحق عن التأخير. لكن التأخير الذي وقع لا يد للمؤسسة فيه بل كان ذلك بسبب عذر طارئ وهو غلاء الأسعار والذي جعل الاستمرار في التنفيذ على الأسعار القديمة يوقع في حرج شديد ومشقة غير معتادة.

وقد سبق أن بينت في أثر الأعذار الطارئة على العقود والشروط وذلك في المطلب الماضي[٢]، أن الشريعة أقرت مبدأ الأعذار الطارئة وأثره على العقود والشروط بالفسخ والتعديل وبما أن الشرط الجزائي شرط كغيره من

---

(1) الجوائح وأحكامها للثنيان ص٢٩٢ – ٢٩٣.

(2) انظر ص٢٤٣ وما بعدها.

الشروط، وهو عقد بالمعنى العام فلا يخرج عن هذا الحكم فـإذا طـرأ عـذر طارئ خارج عن إرادة المتعاقدين ـ كالذي في المثال السابق ـ أدى إلـي تأخير العقد أو منعه بالكلية فإن المشترط لا يستحق الشرط الجزائي، بل يجب الإنظار حتى يزول العذر الطارئ لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾[1]

فإن كان الغالب عدم زوالها، أو كان في الانتظار ضرر فسخ العقد دون استحقاق للشرط الجزائي مع دفع قيمة ما تم تنفيذه من العقد، لأن في عدم الدفع أكل لأموال الناس بالباطل.

وهذا ما أخذ به المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في قراره سالف الذكر في المطلب الماضي[2] . بل ونص عليه المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في القرار رقم: ١٠٩ (١٢/٣) في الدورة الثانية عشرة ١٤٢١هـ حيث جاء في الفقرة السادسة: (لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته)[3] وكذا في القرار رقم: ٦٥ (٧/٣) في الدورة السابعة للمجلس عام ١٤١٢هـ حيث جاء في الفقرة الرابعة منه: (يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة)[4] .

وهو ما أشار إليه قرار هيئة كبار العلماء في السعودية حيث جاء فيه: (لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه

---

[1] سورة البقرة الآية: (٢٨٠).

[2] انظر ص٢٤٣-٢٤٤.

[3] القرارات والتوصيات للدورة الثانية عشرة ص٦.

[4] قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي من الدورة ١ إلى ١٠ ص١٤٥.

في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول)[1] .

وقبل ذلك فإن حدوث الإخلال بسبب العذر الطارئ وهو أمر خارج عن العاقدين يخل بأحد شروط استحقاق الشرط الجزائي وهو: الإفضاء أي أن يكون إخلال الملتزم هو المفضي إلى وقوع الضرر[2] .

---

[1] مجلة البحوث الإسلامية العدد(٢) ١٣٩٥ – ١٣٩٦، ص١٤٢،

[2] انظر ص٢٣٦.

الباب الثالث

الشرط الجزائي والعقود المعاصرة

ويشتمل على فصلين هما:

الفصل الأول: معنى العقد وأقسامه ومدى حرية العاقدين.

الفصل الثاني: الشرط الجزائي في عقود المعاوضات المالية المعاصرة وأثره فيها.

الفصل الأول

معنى العقد وأقسامه ومدى حرية العاقدين

ويشتمل على أربعة مباحث هي:

المبحث الأول: معنى العقد والفرق بينه وبين الالتزام والتصرف.

المبحث الثاني: أقسام العقود.

المبحث الثالث: مدى حرية العاقدين في إنشاء العقود واشتراط الشروط.

المبحث الرابع: عقود المعاوضات المالية التي يدخلها الشرط الجزائي وموضعه منها.

الفصل الأول

معنى العقد وأقسامه ومدى حرية العاقدين

المبحث الأول: معنى العقد والفرق بينه وبين الالتزام والتصرف

المطلب الأول: معنى العقد لغة واصطلاحاً:

أولاً: معنى العقد لغة: العقد مصدر عَقَدَ يَعْقِد عَقْداً وجمعه عقود. ويطلق على معان كثيرة منها: الربط، والشد والجمع بين أطراف الشيء، والتوثيق، والالتزام، والتوكيد والتغليظ، والإحكام، والقوة، والإبرام، والإلزاق، والعهد[١]. وأجمع هذه المعاني ومرجعها: الربط والشد نقيض الحل[٢]. وهو حسي كعقد الحبل، ومعنوي كعقد البيع والإجارة والنكاح وغيرها لما في ذلك من ربط القبول بالإيجاب[٣] وهو المراد هنا.

---

[1] انظر لسان العرب لابن منظور ٢٩٦/٣-٢٩٩، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص٣٨٣-٣٨٤، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٨٦/٤-٨٨، وتهذيب اللغة للأزهري ١٩٦/١، وأساس البلاغة للزمخشري ص٣٠٨-٣٠٩، والصحاح للجوهري ٥١٠/٢-٥١١، والمعجم الوسيط ٦١٣/٢-٦١٤، وتاج العروس للزبيدي ٤٢٦/٢-٤٢٨، ومختار الصحاح للرازي ص٢١٠-٢١١، والمصباح المنير للفيومي ص١٦٠، ومعجم متن اللغة لأحمد رضا ١٥٧/٤-١٥٨، وكشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ٩٥٣/٤، وتهذيب الأسماء واللغات للنووي ٢٧/٢.

[2] انظر لسان العرب لابن منظور ٢٩٦/٣، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٨٦/٤.

[3] انظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٣/٦، والمفردات للراغب الأصفهاني ص٣٤١، والبحر المحيط لأبي حيان ٤١١/٣، وروح المعاني للآلوسي ٤٨/٦، وضوابط العقود للبعلي ص٤٠، ومبدأ الرضا في العقود للقره داغي ١٠٩/١، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص١٧٣، والملكية ونظرية العقد لأحمد فراج حسين ص١٣٤، والتصرف الانفرادي وأثره في بناء العقود للدرعان ص٩٦-٩٧، وصيغ العقود للغليقة ٢٥/١-٢٦.

ثانياً: معنى العقد اصطلاحاً:

يطلق العقد عند الفقهاء ويراد به أحد معنيين:

١- المعنى الأول: المعنى العام للعقد ويراد به: كل ما ألزم المرء بـــه نفـــسه سواء أكان نتيجة اتفاق بين طرفين، كالبيع والإجارة ونحوهما، أم كان نتيجـــة إرادة شخص واحد أراد أن يلزم نفسه بالتزام شرعي خاص كاليمين، والوقف والطلاق والنذر ونحوها[١].

فالعقد بمعناه العام يشمل ما يكفي لانعقاده عاقد واحد، كالطلاق ونحـــوه، ومـــا لابد فيه من عاقدين كالبيع ونحوه. وهذا المعنى ليس مراداً هنا.

٢- المعنى الثاني: المعنى الخاص: وهو ما لابد فيه من عاقدين، أو إرادتـــين، وهو قسم من المعنى العام، كما هو ظاهر. وهذا المعنى هو المتبادر للذهن عند الإطلاق وهو الأشهر والأكثر استعمالاً حتى يكاد ينفرد بالاصطلاح في الوقت الراهن[٢].

وتعريفه هو: (ارتباط الإيجاب بالقبول)[٣]

---

[1] انظر أحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص١٧١، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص١٧٤، وأحكام القرآن للجصاص ٢٩٤/٢-٢٩٥، وأحكام القرآن لابن العربي ٦/٢ وما بعدها، وتفسير الطبري ٣٨٧/٤، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٣/٦، وتفسير ابن كثير ٥/٢، والدر المنثور للسيوطي ٤٤٨/٢، والمنثور في القواعد للزركشي ٣٩٧/٢-٣٩٨، والقواعد للحصني ١٢٢/٤، وتحفة الطلاب للأنصاري ومعها حاشية الشرقاوي ٣/٢، وصيغ العقود للغليقة ٢٧/١ وما بعدها، وضوابط العقود للبعلي ص٤٣، وعقد المقاولة للعايد ص٢٣، وعقد الامتياز لنذير أوهاب ــ مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد (٥٥) ١٤٢٣هـــ ص١٠٤.

[2] انظر الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص١٧٥، وضوابط العقود للبعلي ص٤٤، وصيغ العقود للغليقة ٢٩/١.

[3] انظر فتح القدير للكمال بن الهمام ١٨٧/٣، والمنثور في القواعد الفقهية للزركشي ٣٩٧/٢، ومجلة الأحكام الشرعية لأحمد بن عبد الله القاري ص١٠٧، ومجلة الأحكام العدلية المادة: (١٠٣)، وشرح حدود ابن عرفة للرصاع ٢٢٦/١-٢٣٦، والتعريفات للجرجاني ص١٥٣، وصيغ العقود للغليقة ٣٢/١.

وهذا التعريف يشمل العقد الصحيح والفاسد والباطل[١]

وهذا المعنى الخاص للعقد هو المراد هنا.

المطلب الثاني: الفرق بين العقد والتصرف والالتزام

أولاً: معنى التصرف لغة واصطلاحاً وأقسامه:

١- التصرف لغة: مصدر من الفعل تصرف، وله معان منها: الاكتساب، يقال فلان يتصرف لعياله، أي يكتسب لهم، والحيلة والرأي ومنه: التصرف في الأمور. يقال فلان يتصرف أي: يحتال، والتقلب يقال: صرفت الرجل في أمري تصريفاً فتصرف، أي قلبته فتقلب[٢].

٢- التصرف اصطلاحاً: لم يعرف الفقهاء الأوائل التصرف وإن استعملوه كثيراً في كلامهم، فانبرى المعاصرون لتعريفه ومن أجمعها ما قيل فيه أن التصرف هو: (ما يصدر من المرء من قول، أو فعل، أو إشارة، ويرتب عليه أثر من الآثار)[٣].

٣- أقسامه: قسمان:

---

[1] لهذا آثرته على التعريفات التي اقتصرت على العقد الصحيح دون غيره ومنها:
تعريف العقد بأنه: (ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في المحل) انظر المدخل الفقهي العام للزرقا ٣٨٢/١، وأنيس الفقهاء لقاسم القونوي ص٢٠٣ وعقد المقاولة للعايد ص٢٢.
وضوابط العقود للبعلي ص٤٠ والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص١٧٣.
وقد فرق الحنفية بين العقد والانعقاد فخصوا الانعقاد بالصحيح الذي يظهر أثره دون الفاسد والباطل، لذلك كان هذا التعريف سالف الذكر قريباً في الحاشية تعريفاً للانعقاد عندهم، وليس للعقد. وأما العقد فجعلوه لمجرد الإيجاب والقبول ولو لم يترتب عليه أثر شرعي فيشمل الصحيح وغيره وهو ما يمثله التعريف الذي في المتن. انظر العناية للبابرتي ٢٤٨/٦، والبناية للعيني ٨/٧، وفتح القدير للكمال بن الهمام ١٨٩/٣-١٩٠، ومجلة الأحكام العدلية المادة (١٠٣)، وصيغ العقود للغليقة ٣١/١.

[2] انظر لسان العرب لابن منظور ١٨٩/٩ وما بعدها، وأساس البلاغة للزمخشري ص٢٥٣، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٠٦٨-١٠٦٩.

[3] انظر التصرف الانفرادي للدرعان ص٧٨، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص١٧٥، والمدخل الفقهي العام للزرقا ٣٨٩/١، وحقيقة التصرف لمحمود الطنطاوي ص٦-٩-١٠-١٣.

أ- تصرف فعلي كإحراز المباحات، والغصب والإتلاف ونحوها.

ب- تصرف قولي: وهو نوعان:

١- عقدي: وهو نتيجة اتفاق إرادتين[١]، كالبيع والنكاح ونحوها.

٢- غير عقدي، وهو قسمان:

أ- ما يتضمن إنشاء حق كالنذر، أو إنهاءه كالطلاق، أو إسقاطه كما في التنازل عن الشفعة.

ب- ما لا يتضمن إرادة إنشاء حق، أو إنهائه، أو إسقاطه وإنما هي أقوال يترتب عليها نتائج كالدعوى ونحوها[٢].

ثانياً: معنى الالتزام لغة واصطلاحاً:

١- الالتزام لغة: من لزم الشيء يلزمه لَزْماً ولزوماً، ولازمه ملازمة ولِزاماً والتزمه، وألزمه إياه فالتزمه. والالتزام مصدر: التزم ومعناه: الاعتناق تقول: التزمه أي: عانقه ومنه: الملتزم[٣]، لأن الناس يعتنقونه أي يضمونه إلى صدورهم. ولزم يدل على معانٍ منها: الوجوب والثبوت يقال: لزمه المال: وجب عليه، ومصاحبة الشيء بالشيء دائماً، والفصل في القضية، فكأنه من الأضداد. والتزم: أوجب على نفسه، وألزم: أوجب على غيره فالالتزام: إيجاب من نفسه، والإلزام: إيجاب من جهة أخرى وبهذا يظهر الفرق بين الالتزام والإلزام[٤].

---

(1) ويدخل فيه قيام شخص واحد بعقد العقد وكالة عن الموجب والقابل مثلاً لأن حقيقته ترجع إلى اتفاق إرادتين.

(2) انظر عقد المقاولة للعايد ص٢٨-٢٩، وأسباب انحلال العقود المالية للعايد ص٣٧-٣٨، والمدخل الفقهي العام للزرقا ٣٧٩/١-٣٨٠، وضوابط العقد للتركماني ص١٩-٢٠، وتاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود لأبي العينين ص٣٦٤-٣٦٥، وضوابط العقود للبعلي ص٥٤-٥٥.

(3) هو ما بين باب الكعبة والحجر الأسود. انظر المصباح المنير للفيومي ص٢١١.

(4) انظر لسان العرب لابن منظور ٥٤١/١٢-٥٤٢، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٤٩٤، وأساس البلاغة للزمخشري ص٤٠٧، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٤٥/٥، وتاج العروس للزبيدي ٥٩/٩، والنهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٢٤٨/٤، ومختار الصحاح للرازي ص٢٧٣، والمصباح المنير للفيومي ص٢١١.

٢- الالتزام اصطلاحاً هو: (إيجاب المرء على نفسه فعلاً غير واجب ولا محرم في الشرع)[1] فهو يشمل ما أنشئ بإرادة منفردة، كالهبة والوقف، والنذر، وما أنشئ بتوافق إرادتين كالبيع والإيجار. وقد وضح العلامة ابن القيم ــ رحمه الله ــ معنى الالتزام وإن لم يعرفه حيث يقول: (الالتزام تارة يكون بصريح الإيجاب، وتارة يكون بالوعد، وتارة يكون بالشروع كشروعه في الجهاد والحج والعمرة)[2].

ثالثاً: الفرق بين العقد والالتزام والتصرف.

ظهر مما سبق في معنى العقد والالتزام والتصرف ما يلي:

١- أن العقد بمعناه العام مرادف للالتزام.

٢- أن العقد بمعناه الخاص ــ وهو المراد في البحث ــ أخص من الالتزام، فهو فرد من أفراده، إذ هو الالتزام الذي لا ينشأ إلا بإرادة طرفين.

٣- أن العقد والالتزام أخص من التصرف فهم جزء منه ويظهر ذلك فيما يلي:

أ- التصرف الفعلي كالإتلاف بينه وبين الالتزام والعقد تباين فلا شبه بينهم.

ب- التصرف القولي العقدي: مرادف لمعنى العقد الخاص الذي هو جزء من الالتزام.

---

(1) إنشاء الالتزام في حقوق العباد للغزالي ص٤٨، وانظر إعلام الموقعين لابن القيم ١٠٩/٢، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص٦٨، وقد عُرف الالتزام من قبل بعض المعاصرين بتعريفات كثيرة انظر المدخل الفقهي العام للزرقا ٥١٤/١ وما بعدها، والالتزامات في الشرع الإسلامي لأحمد إبراهيم ص٢١، وضوابط العقد للتركماني ص٢٠، وضوابط العقود للبعلي ص٦٠، لكنهم أدخلوا في معنى الالتزام الحقوق الثابتة على المكلف بإلزام الشرع له وهذا مخالف لما جرى عليه استعمال الفقهاء الأوائل. انظر البهجة شرح التحفة للتسولي ١٥٦/٢، وتحفة المحتاج للهيتمي ١١٦/٥، وإعلام الموقعين لابن القيم ١٠٩/٢، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص٦٨، بل هو مخالف لمعنى الالتزام اللغوي كما سبق إيضاحه، ولعل هذا ناتج من التأثر بمعنى الالتزام في القانون الوضعي حيث لم يفرق بين الإلزام والالتزام. انظر إنشاء الالتزام للغزالي ص٤٣-٤٤-٤٦.

(2) إعلام الموقعين لابن القيم ١٠٩/٢.

ج- التصرف القولي غير العقدي المتضمن إرادة إنشاء حق، كالنذر داخل في معنى الالتزام والعقد بمعناه، العام ـ ولا علاقة له بالعقد بالمعنى الخاص ـ حيث إن الالتزام والعقد بمعناه العام يشملان هذا القسم، والذي قبله أي المنشأ بإرادة واحدة، أو اتفاق إرادتين.

د- التصرف القولي غير العقدي غير المتضمن إرادة إنشاء حق، كالدعوى مباين لمعنى الالتزام والعقد، لأنه ليس في هذا القسم من التصرف التزام ولا عقد.

والخلاصة: أن التصرف أعم من الالتزام والعقد، فكل عقد والتزام تصرف، وليس كل تصرف عقداً والتزاماً، كما أن الالتزام مرادف للعقد بمعناه العام، وهو أعم من العقد بمعناه الخاص، فكل عقد التزام، وليس كل التزام عقداً ـ بالمعنى الخاص ـ[1].

---

[1] انظر أسباب انحلال العقود المالية للعايد ص٣٨-٤١، وإنشاء الالتزام في حقوق العباد للغزالي ص٥٤، والتصرف الانفرادي للدرعان ص٧٨، والمدخل للفقه الإسلامي للدرعان ص٢٩٩، وتاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود لأبي العينين ص٣٦٤، والملكية ونظرية العقد لأحمد فراج حسين ص١٤٠، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي ص٤١٣.

المبحث الثاني: أقسام العقود

يختلف تقسيم العقود باختلاف الاعتبار المراعى عند التقسيم. فقد يتفق العقدان باعتبار معين ويختلفان باعتبار آخر. ومن تلك التقسيمات ما يلي:

المطلب الأول: أقسام العقود باعتبار النص عليها وعدمه:

تنقسم العقود من حيث النص عليها وعدمه إلى قسمين:

١- القسم الأول: العقود المنصوص عليها سواء بالإباحة، أو التحريم مثل: المزارعة[١]، وبيع عسب[٢] الفحل[٣]، والسلم[٤].

---

[1] عن ابن عمر ــ ﵁ ــ قال: (عامل النبي ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر، أو زرع) أخرجه البخاري في كتاب الحرث والمزارعة باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة صحيح البخاري ومعه فتح الباري ٢٧٩/٥، ومسلم في أول كتاب المساقاة والمزارعة صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٨/١٠.

[2] عسب الفحل: ماؤه فرساً كان، أو بعيراً، أو غيرهما. انظر النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٢٣٤/٣، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٤٧.

[3] عن ابن عمر ــ ﵁ ــ قال: (نهى النبي ﷺ عن عسب الفحل) أخرجه البخاري في كتاب الإجارة باب عسب الفحل صحيح البخاري ومعه فتح الباري ٢٢٤/٥، ومسلم عن جابر بلفظ (نهى النبي ﷺ عن بيع ضراب الجمل) في كتاب المساقاة والمزارعة، باب تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة ويحتاج إليه لرعي الكلأ، وتحريم منع بذله، وتحريم ضراب الفحل صحيح مسلم بشرح النووي ٢٢٩/١٠.

[4] عن ابن عباس ﵁ ــ قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة والناس يسلفون في التمر العام والعامين فقال: (من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) أخرجه البخاري في كتاب السلم باب السلم في كيل معلوم صحيح البخاري بفتح الباري ١٨١/٥، ومسلم في كتاب المساقاة والمزارعة باب السلم صحيح مسلم بشرح النووي ٤١/١١، قال النووي في معنى السلم: (وذكروا في حد السلم عبارات أحسنها أنه: عقد على موصوف في الذمة ببذل يعطى عاجلاً. سمي (سلماً) لتسليم رأس المال في المجلس. وسمي (سلفاً) لتقديم رأس المال. وأجمع المسلمون على جواز السلم) شرح النووي على صحيح مسلم ٤١/١١.

٢- القسم الثاني: العقود المستحدثة غير المنصوص عليها سواء أكان إلحاقها بالمنصوص ظاهراً وجلياً كبيع التقسيط[١] الملحق ببيع الآجل[٢]، أو كان الأمر يحتاج إلى مزيد نظر وبحث كالتأجير المنتهي بالتمليك[٣]. ولازال الناس يستحدثون العقود باختلاف العصور والأزمان إلى عصرنا الحاضر الذي ازدادت فيه نوازل العقود نتيجة التطور المادي والتقني[٤].

المطلب الثاني: أقسام العقود باعتبار الصحة[٥] وعدمها

تنقسم العقود باعتبار الصحة وعدمها إلى قسمين:

القسم الأول: العقود الصحيحة.

اتفق العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[٦] على أن العقد الصحيح ما وافق الشرع باكتمال أركانه وشروطه وانتفاء موانعه وترتب آثاره المطلوبة منه[٧].

---

(1) سيأتي الحديث عنه في الفصل التالي.

(2) عن عائشة ــ رضي الله عنها ــ (أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل معلوم وارتهن منه درعاً من حديد) أخرجه البخاري في كتاب السلم باب الرهن في السلم صحيح البخاري بفتح الباري ١٨٨/٥، وفي كتاب الرهن باب من رهن درعه صحيح البخاري بفتح الباري ٤٤٠/٥، ومسلم في كتاب المساقاة والمزارعة باب الرهن وجوازه في الحضر كالسفر صحيح مسلم بشرح النووي ٣٩/١١-٤٠.

(3) سيأتي بيان معناه في الفصل التالي.

(4) انظر دراسة شرعية لأهم العقود المستحدثة للشنقيطي ٧٥/١، والعقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها لمحمد القري ــ مجلة مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي ١٤١٨هــ ــ العدد العاشر ــ الجزء الثاني ص٥٢٥.

(5) الصحة والصحيح: خلاف السقم وهو أيضاً البراءة من كل عيب ومرض. انظر لسان العرب لابن منظور ٥٠٧/٢ وما بعدها، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٨٠١/٣، ومختار الصحاح للرازي ص٣٥٦.

(6) انظر تيسير التحرير لأمير بادشاه ٢٣٤/٢-٢٣٦، والتلويح على التوضيح للتفتازاني١٢٣/٢ وتبيين الحقائق للزيلعي ٤٣/٤-٤٤، منتهى الوصول والأمل لابن الحاجب ص٤١، وحاشية الدسوقي ٥٤/٣، والمستصفى للغزالي ٩٤/١، والإبهاج في شرح المنهاج لعلي السبكي وابنه عبد الوهاب ٦٧/١، ونهاية السول للإسنوي ٩٥/١، والمنثور في القواعد للزركشي ٣٠٣/٢-٤٠٩، وحاشية البناني على المحلي ١٠٠/١-١٠١، ونهاية المحتاج للرملي ٤٥٠/٣-٤٥١، وشرح مختصر الروضة للطوفي ٤٤١/١-٤٤٤-٤٤٥، وشرح الكوكب المنير لابن النجار الفتوحي ٤٦٧/١.

(7) كانتقال ملك المبيع في البيع، والتمكن من المنافع في الإجارة، والتمكن من الوطء في النكاح ونحو ذلك. انظر تحقيق المراد للعلائي ص٢٨١، وشرح مختصر الروضة للطوفي ٤٤٤/١. وعبر الحنفية =

وحكم العقد الصحيح: أنه ينتج أثره في الحال فيثبت ملك المبيع للمشتري، والثمن للبائع ما لم يكن في العقد خيار، أو يعرض له ما يوقفه، أو يحول دون لزومه[١].

القسم الثاني: العقود غير الصحيحة:

اختلف العلماء في تقسيم العقود غير الصحيحة على رأيين:

الأول: ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن غير الصحيح قسم واحد، فالباطل والفاسد مترادفان[٢] وحكم العقد غير الصحيح: أنه لا يترتب عليه أمر سواء حصل قبض أم لا أي أنه لا ينعقد دون فرق بين فاسد وباطل[٣].

الثاني: ذهب الحنفية إلى أن غير الصحيح قسمان باطل وفاسد وفرقوا بينهما[٤].

= عن الصحيح بأنه ما كان مشروعاً بأصله ووصفه. انظر التلويح على التوضيح للتفتازاني ١٢٣/٢، وتبيين الحقائق للزيلعي ٤٤/٤.

(1) انظر المدخل للفقه الإسلامي للدرعان ص٣٨٠.

(2) هذا في الجملة وإلا فقد استثنوا بعض الفروع الفقهية فرقوا فيها بين الباطل والفاسد. انظر بداية المجتهد لابن رشد ١٩٣/٢، والفروق للقرافي ١٤/٤-١٥، وتهذيب الفروق لمحمد علي بن حسين ٣٣/٤-٣٤، والبحر المحيط للزركشي ٣٢٠/١-٣٢٤، والمنثور في القواعد للزركشي ٤٠٩/٢-٤١٠-٧/٣-٨، والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإسنوي ص٥٩-٦١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٧٩، والمغني لابن قدامة ٣٥٣/٩-٣٥٤، والقواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص١١٠-١١٤، والقواعد لابن رجب ص٦٥-٦٩.

(3) انظر منتهى الوصول والأمل لابن الحاجب ص٤١، وتحقيق المراد للعلائي ص٢٨٢، والإبهاج للسبكي ٦٨/١، والمسودة في أصول الفقه لآل تيمية ص٨٠، وشرح مختصر الروضة للطوفي ٤٤١/١-٤٤٥، وشرح الكوكب المنير لابن النجار ٤٧٣/١.

(4) انظر تبيين الحقائق للزيلعي ٤٤/٤، وفتح القدير لابن الهمام ٤٠١/٦، والعناية للبابرتي ٤٠٢/٦-٤٠٤، والبحر الرائق لابن نجيم ٧٥/٦، ومجمع الأنهر لبداماد أفندي ٥٣/٢، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٩١، والاختيار للموصلي ٢٢/٢، واللباب للميداني ٢٨/٢، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص٣٤٩.

فالعقد الباطل: هو ما لم يشرع بأصله ولا وصفه وذلك إذا وقع الخلل في أصل بناء العقد في الصيغة، أو العاقدين، أو المحل كأن يكون العاقدان غير عاقلين، أو أحدهما، أو يكون العقد وارداً على ميتة.

وحكم العقد الباطل: أنه لا يترتب عليه أثر سواء حصل قبض أم لا، لأنه لم ينعقد أصلاً فهو بحكم المعدوم في نظر الشارع[1].

والعقد الفاسد: هو ما شرع بأصله دون وصفه أي إن السبب الذي منع صحة العقد راجع إلى وصف صاحب العقد فهو موجود، لاكتمال بنائه لكنه فسد لوجود وصف غير مشروع مقترن به كالبيع بثمن مجهول، أو إلى أجل مجهول، وكعقد المكره، وعقد الربا. فهذه العقود مشروعة من حيث إنها عقود بيع استوفت أركانها إلا أنه قد لحق بها أوصاف جعلت الشارع ينهى عنها، كالجهالة المفضية إلى المنازعة، والزيادة الربوية، وكون الرضا معيباً بسبب الإكراه[2].

وحكم العقد الفاسد: أنه يفيد الملك بالقبض، ولكنه ملك غير لازم فيجب على كل واحد من العاقدين فسخه ما لم يمنع من ذلك مانع، كما لو تصرف المشتري في المبيع تصرفاً ينقل الملك بأن باعه، أو وهبه، أو تصرف تصرفاً يزيل الملك كالعتق، أو تصرف تصرفاً يمنع الرد كإتلاف المبيع وتغيير صورته[3].

---

(1) انظر تيسير التحرير لأمير بادشاه ٢٣٦/٢، والتوضيح لصدر الشريعة مع شرحه التلويح للتفتازاني ١٢٣/٢، وتبيين الحقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي ٤٣/٤-٤٤، والاختيار للموصلي ٢٣/٢، والبحر الرائق لابن نجيم ٧٥/٦، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص٣٤٩-٣٥٠-٣٥٤، والمدخل إلى الفقه الإسلامي للدرعان ص٣٨١، وضوابط العقود للبعلي ص٣٠٧-٣٠٨.

(2) انظر تيسير التحرير لأمير بادشاه ٢٣٦/٢، وتبيين الحقائق للزيلعي ٤٤/٤، ومجمع الأنهر لبداماد أفندي ٥٣/٢، وفتح القدير لابن الهمام ٤١١/٦، وصيغ العقود للغليقة ٣٨/١، وأسباب انحلال العقود المالية للعايد ص٥٣.

(3) انظر المبسوط للسرخسي ٢٢/١٣-٢٣، وبدائع الصنائع للكاساني ٢٩٩/٥-٣٠٠، والبحر الرائق لابن نجيم ٧٥/٦، والاختيار لتعليل المختار للموصلي ٢٢/٢، واللباب في شرح الكتاب للميداني ٢٨/٢-٢٩، وتبيين الحقائق للزيلعي ٦١/٤-٦٩، وفتح القدير لابن الهمام ٤٥٩/٦-٤٦٠، والعناية للبابرتي ٤٠٩/٦-٤٦٠، وحاشية سعدي جلبي ٤٥٩/٦-٤٦٠.

المطلب الثالث: أقسام العقود باعتبار النفاذ[١] وعدمه

تنقسم العقود بالنظر إلى النفاذ وعدمه إلى قسمين:

القسم الأول: العقد النافذ: وهو العقد الصحيح الذي لا يتعلق به حق لشخص آخر، وتترتب عليه آثاره في الحال، وذلك بأن يصدر من ذي أهلية له ولاية إنشاء العقد سواء كانت أصلية كمن يعقد لنفسه، أم نيابية كعقد الوكيل لموكله، والولي لمن تحت ولايته[٢].

القسم الثاني: العقد الموقوف[٣]: هو ما صدر عن شخص ذي أهلية، وليس له ولاية إنشاء العقد، كعقد الفضولي والصبي المميز، فهي موقوفة على إذن الولي والمالك[٤].

---

[1] النفاذ لغة: جواز الشيء عن الشيء والخلوص منه. يقال: نفذ السهم من جوف الرمية أي خرج طرفه من الشق الآخر، ويقال طريق نافذ أي عام يسلكه كل أحد. انظر القاموس المحيط للفيروز آبادي ص٤٣٣، وأساس البلاغة للزمخشري ص٤٦٦.

[2] انظر الفتاوى الهندية ٣/٣، وتحفة الفقهاء للسمرقندي ٣٩/٢، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٨٢/٥، ودرر الحكام لعلي حيدر ١٠٩/١، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص٣٥٨، والمدخل الفقهي العام للزرقا ٤٩٨/١، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي ص٥٥٦، وتاريخ الفقه الإسلامي لبدران أبي العينين ص٤٩٩، والملكية ونظرية العقد لأحمد فراج حسين ص٣٠٠، وضوابط العقود للبعلي ص٣٠٦، ودراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة للشنقيطي ٨٥/١، وصيغ العقود للغليقة ٤١/١.

[3] اختلف العلماء في صحة العقد الموقوف على قولين:

١- الأول: ذهب الحنفية، والمالكية، ورواية عند الحنابلة، وهو قول الشافعي في القديم إلى أنه عقد صحيح وتترتب آثاره عليه بعد إجازته ممن له حق الإجازة. انظر تبيين الحقائق للزيلعي ٤٤/٤، والمبسوط للسرخسي ١٠٤/١٠، وبدائع الصنائع للكاساني ١٤٧/٥، وحاشية ابن عابدين ٣/٤، والشرح الصغير للدردير ٧/٣-٨، وحاشية الدسوقي ١٢/٣، والقوانين الفقهية لابن جزي ص٢٤٧، ومواهب الجليل للحطاب ٢٦٩/٤، ومنهاج الطالبين للنووي مع شرحه مغني المحتاج للشربيني ١٥/٢، والمجموع للنووي ٣١٥/٩، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٧٧، والفروع لابن مفلح أبي عبد الله المقدسي ٣٦/٤، والمبدع لابن مفلح ـــ أبي إسحق برهان الدين ـــ ١٦/٤، والإنصاف للمرداوي ٥٦/١١، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٥٥/١١.

٢- الثاني: أنه غير صحيح وباطل ولو أجازه صاحب الشأن فلا يترتب عليه أي أثر وهو المشهور عند الشافعية والراجح عند الحنابلة. انظر الوجيز للغزالي ١٣٤/١، وفتح العزيز للرافعي ١٢١/٨-١٢٢، والمجموع للنووي ٣١٥/٩-٣١٦، ومنهاج الطالبين للنووي مع شرحه مغني المحتاج للشربيني ١٥/٢، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٧٧، والمقنع لابن قدامة ٥٥/١١، والفروع لأبي عبد الله بن مفلح ٣٦/٤، والمبدع لأبي إسحق بن مفلح ١٦/٤، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٤٣/٢، والإنصاف للمرداوي ٥٦/١١، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٥٥/١١.

[4] انظر أسباب انحلال العقود للعايد ص٥٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٨٢/٥-٧٥/٦، ومجمع الأنهر للأفندي ٥٣/٢، والفروع لابن مفلح ٣٧/٤، والمدخل الفقهي العام للزرقا ٤٩٨/١-٦٣٨، والملكية ونظرية العقد لأبي=

المطلب الرابع: أقسام العقود باعتبار اللزوم[1] وعدمه

تنقسم العقود بالنظر إلى اللزوم وعدمه إلى ثلاثة أقسام:

أ- لازم في حق العاقدين وهو نوعان:

١- لازم لا يقبل الفسخ بحال من الأحوال، كالخلع.

٢- لازم لا يقبل الفسخ إلا بتراضي طرفيه، كالبيع والإجارة والسلم إذا خلت هذه العقود من الخيار الذي يعطي حق الفسخ لأحدهما دون رضا الآخر.

ب- جائز في حق العاقدين وهو الذي يملك كل واحد منهما فسخه والرجوع عنه دون رضا الآخر كالوكالة والعارية.

ج- لازم في حق أحدهما، جائز في حق الآخر كالرهن لازم في حق الراهن، جائز في حق المرتهن، والكفالة والضمان لازمان في حق الكفيل والضامن جائزان في حق المضمون له والمكفول له، والكتابة لازمة في حق السيد جائزة في حق المكاتب[2].

= زهرة ص٣٥٨، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لشلبي ص٥٥٦، وتاريخ الفقه الإسلامي لأبي العينين ص٤٨٩، والملكية ونظرية العقد لأحمد فراج حسين ص٣٠٠، وضوابط العقد للتركماني ص٢٧٢، والمدخل للفقه الإسلامي للدرعان ص٣٨٨، ودراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة للشنقيطي ٨٥/١، وصيغ العقود للغليقة ٤٠/١-٤١.

[1] اللزوم لغة: الوجوب والثبات والمصاحبة وعدم المفارقة يقال: لزمه المال وجب عليه، ولزمه البيع وجب وثبت عليه، ولزمه الطلاق وجب حكمه. انظر المصباح المنير للفيومي ص٢١١، ولسان العرب لابن منظور ٥٤١/١٢ وما بعدها، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٤٩٤.

ولزوم العقد: أي وجوبه وعدم قدرة أحد العاقدين على فسخه وإبطاله، وعدم لزوم العقد أي أنه جائز الفسخ من المتعاقدين، أو من أحدهما دون توقف على رضا الآخر. انظر المنثور في القواعد للزركشي ٧/٢، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٠٥/٢-٣٧١.

[2] انظر البحر الرائق لابن نجيم ٦٩/٦، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٩٠، وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي ٤٣/٤، وغمز عيون البصائر للحموي ٤٣٧/٣، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٩١/٢-١١٣٤-١٢٤٢، وبداية المجتهد لابن رشد ٣٠٢/٢، والتلقين للقاضي عبد الوهاب ص٣٩٩-٤٤٦،

المطلب الخامس: أقسام العقود باعتبار غايتها والمراد منها

تنقسم العقود باعتبار الغاية منها إلى سبعة أقسام[١]:

القسم الأول: عقود التمليك وهي نوعان:

أ- عقود معاوضات وهي التي مرادها وغايتها المبادلة بين المتعاقدين وهي تنقسم إلى قسمين:

١- عقود معاوضات[٢] محضة[٣] ــ مالية ــ والمبادلة فيها إما مبادلة مال بمال مثل: البيع والصلح على مال، أو مبادلة مــال بمنفعــة مثــل: الإجـــارة

والذخيرة للقرافي ٥٥/٦-٩/٨، والفروق للقرافي ١٣/٤، والمقدمات لابن رشد ٤٣٨/١ – ٢١١/٢-٣٠٧، والمهذب = = للشيرازي مع تكملة المجموع للمطيعي ٢٨٩/١٥-٢٩٠، والمنثور في القواعد للزركشي ٣٠٤/٢-٣٩٨-٣٩٩-٤٠٠، ٤٧/٣، وتحفة الطلاب لزكريا الأنصاري ٤/٢-٦، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٦٤، والحاوي للماوردي ٢٩/٥، والقواعد للحصني ١٢٢/٤، والأشباه والنظائر لابن الملقن ٧٨٩/٢، والأشباه والنظائر لابن الوكيل ٣٧٥/١-٣٧٦، والعمدة لابن قدامة ومعه شرحه العدة للمقدسي ص٢٦٥، والمغني لابن قدامة ٤٨/٦-٥٠، والقواعد لابن رجب ص٦٥-٦٦، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٠٥/٢-٣٧١، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ٤٠٦/٢٩، والقواعد لابن سعدي ص١٢٣-١٢٤، ودليل الطالب لمرعي ص٩١، ومنار السبيل لابن ضويان ٣٥٣/١-٤١١-٤١٩، وصيغ العقود للغليقة ٤٢/١، وأحكام الرجوع في عقود المعاوضات المالية لفضل الرحيم ابن محمد عثمان ٤٨/١ وما بعدها، والمدخل الفقهي العام للزرقا ٦٣٩/١، والتقسيم للعقود بالنظر إلى اللزوم جعله بعض العلماء قسمين: جائز، ولازم. انظر الفروق للقرافي ١٣/٤، وروضة الطالبين للنووي ٤٣٣/٣، ومنهم من جعل القسم الثالث في المتن وهو اللازم في حق أحدهما دون الآخر قسمين:

١- جائز في حق الموجب لازم في حق القابل مثل هبة الأب لابنه، جائز في حق الأب، لازم في حق الابن.

٢- ولازم في حق الموجب جائز في حق القابل كعقد الكتابة لازم في حق الموجب وهو السيد جائز في حق المكاتب فتكون الأقسام أربعة. انظر الأشباه والنظائر لابن الملقن ٧٨٩/٢-٧٩٠، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٦٤، ومنهم من جعله خمسة أقسام، ومنهم من جعله ستة. انظر المنثور للزركشي ٣٩٨/٢-٣٩٩، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٦٤، والخلاف لفظي. انظر أحكام الرجوع لفضل الرحيم ٥٣/١.

[1] العقود في هذا التقسيم بالمعنى العام لا الخاص، ثم إن العقد الواحد قد يندرج تحت أكثر من قسم بحسب المراد منه وغايته.

[2] معاوضات: جمع معاوضة. وهو مصدر عاوض يعاوض والعوض: البدل. وعاوض معاوضة من باب فاعل مفاعلة تدل على المشاركة بين اثنين. انظر لسان العرب لابن منظور ١٩٢/٧، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٨٨/٤، والصحاح للجوهري ١٠٩٢/٣-١٠٩٣، والمصباح المنير للفيومي ٨٩/٢، والكتاب لسيبويه ٦٨/٤، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٠٠/٥، وأحكام الرجوع في عقود المعاوضات لفضل الرحيم ٥٦/١.

[3] قيل في معناها أنها: ما قصد فيها المال من الجانبين، أو ما يفسد فيها العقد بفساد العوض. انظر المنثور للزركشي ٤٠٣/٢-١٨٥/٣-١٨٦، والفروق للقرافي ١٥٠/١-١٥١، وأسنى المطالب للأنصاري ٤٦/٢-٤٧،

والاستصناع والمزارعة، أو مبادلة منفعة بمنفعة كممر في دار بممر في دار آخر[1].

٢- عقود معاوضات غير محضة ــ غير مالية ــ[2] كالنكاح.

ب- عقود تبرعات: وغايتها والمراد منها المساعدة والمنحة من أحد العاقدين للآخر. والتبرع فيها إما مطلقاً كالصدقة والهبة بغير عوض، وإما تبرع في الابتداء دون الانتهاء كالقرض[3].

القسم الثاني: عقود الإسقاطات:

وهي ما يسقط فيها المرء حقه، أو شيئاً منه. وهي قسمان:

أ- إسقاط محض: كالطلاق المجرد عن مال، والعفو عن القصاص من غير بدل.

ب- إسقاط بعوض: كالطلاق بالمال، والعفو عن القصاص نظير مال.

القسم الثالث: عقود المشاركة: وغايتها والمراد منها الاشتراك في العمل، أو الربح. مثل: عقد الشركة بأنواعها والمزارعة، والمساقاة.

القسم الرابع: عقود الإطلاقات: ومرادها وغايتها وغرضها إطلاق يد الغير في التصرف في شيء كان ممنوعاً عليه. مثل: الوكالة، والإذن للمحجور عليه في التصرف، والإذن للصغير المميز بالتجارة، وتولية القضاة والولاة.

وفتح الجواد لابن حجر الهيتمي ٤٠٠/١، وهذا القسم هو محل البحث هنا فالمراد بالعقود في البحث (عقود المعاوضات المالية).

[1] انظر المنثور للزركشي ٤٠٣/٢-٤٠٤، والفروق للقرافي ١٥/١-١٥١، وأسنى المطالب للأنصاري ٤٦/٢-٤٧، والقواعد لابن رجب ص٧٤-٧٨ وما بعدها ــ ٢٥٠، والروض المربع للبهوتي وحاشيته لابن قاسم ٣٢٦/٤-٣٢٧، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٣١/٣.

[2] قيل في معناها: ما قصد فيها المال من أحد الجانبين دون الآخر، أو ما لم يقصد فيها المال وإن كان العقد مالياً من أحدهما. وقيل هي: ما لا يفسد العقد فيها بفساد العوض انظر المنثور للزركشي ٤٠٣/٢-١٨٥/٣-١٨٦، وأسنى المطالب للأنصاري ٤٦/٢-٤٧، وفتح الجواد للهيتمي ٤٠٠/١، وأحكام الرجوع لفضل الرحيم ٦٩/١.

[3] انظر الفروق للقرافي ١٥٠/١، والقواعد لابن رجب ص٨٢-٢٥١، وصيغ العقود للغليقة ٤٣/١.

القسم الخامس: عقود التقييدات: وغرضها: منع الغير من التصرف في شيء كانت يده قد أطلقت فيه مثل: عزل الوكلاء، والأوصياء، ونظار الوقف، والولاة، والقضاة.

القسم السادس: عقود التوثيقات: والغرض منها وغايتها: توثيق الديون. مثل: الرهن والكفالة.

القسم السابع: عقود الاستحفاظات: وغايتها وغرضها حفظ المال. مثل: الوديعة، والحراسة[١].

المطلب السادس: أقسام العقود باعتبار الضمان وعدمه:

تنقسم العقود بالنظر إلى الضمان وعدمه إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: عقود ضمان: وهي العقود التي يكون المال المقبوض فيها مضموناً على قابضه ولو لم يفرط، أو يتعدى، كالبيع والقرض ونحوهما.

القسم الثاني: عقود أمانة: وهي العقود التي يكون المال المقبوض فيها أمانة في يد قابضه فلا يضمن إذا تلف إلا إذا تعدى، أو قصر في حفظه، كالوديعة والشركة والمضاربة ونحوها[٢].

---

[1] انظر: القواعد لابن رجب ص٧٨-٢٥٠، وأسباب انحلال العقود المالية للعايد ص٥٩ وما بعدها، والمدخل الفقهي العام للزرقا ٦٤٤/١، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لشلبي ص٥٦٦، وتاريخ الفقه الإسلامي لأبي العينين ص٤٨٦، والملكية ونظرية العقد لأحمد حسين ص٣٠٧، والفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٢٢٤/٤، وضوابط العقد للتركماني ص٢٦٧، وضوابط العقود للبعلي ص٧٠٣ وما بعدها، والمدخل للفقه الإسلامي للدرعان ص٣٧٤ وما بعدها، ودراسة شرعية لأهم العقود المالية للشنقيطي ٧٦/١، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لزيدان ص٣١٢-٣١٣، وأحكام الفورية والتراخي للسعدون ص١٩.

[2] انظر الفروق للقرافي ٢٧/٤، والقواعد لابن رجب ص٥٦ وما بعدها، وص٢١٨ وما بعدها، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٥٧-٥٧٨، والمنثور للزركشي ٣٢٢/٢-٣٢٣-٣٢٦، وبداية المجتهد لابن رشد ٢٥٦/٢-٣١٠-٣١١، وصيغ العقود للغليقة ٤٨/١-٤٩، والمدخل الفقهي للزرقا ٦٤١/١.

القسم الثالث: عقود مزدوجة الأثر: فهي عقود ضمان من جهة وأمانة من جهة أخرى كالإجارة، فعين المعقود عليه أمانة في يـد المـستأجر، أمـا منافعـه فمضمونة عليه[١].

المطلب السابع: أقسام العقود باعتبار الفورية والتراخي

تنقسم العقود بالنظر إلى الفورية والتراخي إلى قسمين:

١- عقود فورية: وهي التي لا يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد يشغله باستمرار، بل يتم تنفيذها فوراً دفعة واحدة وذلك باستيفاء كل عاقد ما يستحقه كالبيع والهبة ونحوهما.

٢- عقود متراخية مستمرة[٢]: وهي التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن فالزمن عنصر مهم في تنفيذها كالإجارة وعقود التوريد والمقاولات في العصر الحاضر[٣].

المطلب الثامن: أقسام العقود باعتبار الأصلية أو التبعية

تنقسم العقود بالنظر إلى أصليتها أو تبعيتها إلى قسمين:

١- عقود أصلية: وهي العقود المستقلة في وجودها فليست تابعة لعقود أخرى، كعقد البيع والإجارة والعارية.

٢- عقود تبعية: وهي العقود التابعة والمرتبطة[٤] في وجودها وزوالها بعقـود أخرى كعقد الرهن والكفالة[٥]. فالرهن والكفالة كلاهما توثيق لغيرهمـا فـلا ينعقدان ابتداء إذا لم يكن ثمة عقد آخر يقومان عليه[١].

---

(1) انظر المدخل الفقهي العام للزرقا ٦٤١/١.

(2) والشرط الجزائي في غالب أحواله إنما يلحق هذا القسم من العقود ففائدته تظهر فيه.

(3) انظر المدخل الفقهي العام للزرقا ٦٤٤/١-٦٤٥، وأحكام الفورية والتراخي في عقود المعاوضات المالية للسعدون ص١٤ وما بعدها، ونظرية العقد للسنهوري ص١٤٢.

(4) الشرط الجزائي أشبه ما يكون بالعقد التابع، بل هو عقد تابع ولهذا عبر عنه القانونيون بأنه التزام تابع للالتزام الأصلي. انظر الوسيط للسنهوري ٨٦٠/٢.

(5) انظر نظرية العقد للسنهوري ص١٤٣، والمدخل الفقهي العام للزرقا ٦٤٦/١-٦٤٧.

المبحث الثالث: مدى حرية العاقدين في إنشاء العقود واشتراط الشروط

المطلب الأول: مدى حرية العاقدين في إنشاء العقود:

اختلف العلماء في استحداث العقود التي لم يرد بتحريمها دليل على قولين[٢]:

القول الأول: ذهب جماهير العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز استحداث العقود التي لم يرد دليل بتحريمها، فالحرية في إنشاء العقود مطلقة إلا فيما ورد الدليل بتحريمه، فالأصل في العقود الإباحة والحل ما لم يرد الدليل المانع[٣].

---

[1] انظر الهداية للميرغناني ومعه البناية للعيني ٥٤٤/١١، والشرح الصغير للدردير ١٨٩/٣، ومغني المحتاج للشربيني ١٤١/٢، والمغني لابن قدامة ٤٨١/٦، والمدخل الفقهي العام للزرقا ٦٤٦/١، وصيغ العقود للغليقة ٥١/١.

تنبيه: وهناك تقسيمات أخرى للعقود باعتبارات مختلفة اكتفيت بأبرزها خشية الإطالة كتقسيمها باعتبار المتعاقد إلى:

١- إدارية ــ عامة ــ وهي التي تكون الجهة الحكومية طرفاً فيها وتخضع للنظام الإداري.

٢- عادية ــ خاصة ــ وهي التي لا تكون الإدارة الحكومية طرفاً فيها. وسيأتي لهذين القسمين مزيد إيضاح في المبحث الرابع من الفصل الثاني من هذا الباب.

[2] انظر الإجماع لابن المنذر ص٩٠، والإفصاح لابن هبيرة ٣٣٥/١، وأحكام القرآن للشافعي ٦٦/٢، ومراتب الإجماع لابن حزم ص٨٩، ومبدأ الرضا في العقود للقره داغي ١١٤٩/٢.

[3] انظر المبسوط للسرخسي ٩٢/٢٣، وأحكام القرآن للجصاص ١٧٢/٢-١٧٤-٢٩٦، والهداية للميرغناني ومعها فتح القدير للكمال بن الهمام ٣٤٢/٤-٧/٥، وحاشية ابن عابدين ١٧٦/٤، وتبيين الحقائق للزيلعي ٨٧/٤، وكشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٩٦/٣، والفروق للقرافي ١٤٥/٣، والمقدمات لابن رشد ٣٧٣/١، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٣٠/٣-٢٣١، والاستذكار لابن عبد البر ٩١/٢٠، والتمهيد لابن عبد البر ١١٤/١٧، والموافقات للشاطبي ٣٠٠/٢-٣٢٢، والأم للشافعي ٢/٣-٣، والرسالة للشافعي ص٢٣٢، والمنهاج للبيضاوي ومعه الإبهاج للسبكي ١٧٧/٣، والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإسنوي ص٤٨٧، والتفسير الكبير للرازي ٣٥٠/٤، وشرح الكوكب المنير لابن النجار ٣٢٢/١-٣٢٧، وإعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ٤٢٤/١-٤٢٥

واستدلوا بأدلة من أبرزها:

أولاً: من القرآن الكريم:

١- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[1].

٢- قوله تعالى: ﴿ وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ﴾[2].

٣- وقوله تعالى: ﴿ وَلَقَدۡ كَانُواْ عَٰهَدُواْ ٱللَّهَ مِن قَبۡلُ لَا يُوَلُّونَ ٱلۡأَدۡبَٰرَۚ وَكَانَ عَهۡدُ ٱللَّهِ مَسۡـُٔولٗا﴾[3].

٤- وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا قُلۡتُمۡ فَٱعۡدِلُواْ وَلَوۡ كَانَ ذَا قُرۡبَىٰۖ وَبِعَهۡدِ ٱللَّهِ أَوۡفُواْۚ﴾[4].

إلى غير ذلك من الآيات الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والعهود. والعقد عهد[5].

ووجه الاستدلال من الآيات:

أن الآيات عامة في وجوب الوفاء بكل عقد سواء ما عرض وقت نزول الآية، أو ما ستجد بعدها وأمره بالوفاء بالعقود دليل على إباحة إنشائها إذ لا يؤمر بمحرم والدليل إنما يقام على ما حرم منها[1].

والواضح لابن عقيل ٣١٠/٢ وما بعدها، وروضة الناظر لابن قدامة ـ مطبوع ضمن ابن قدامة وآثاره الأصولية للسعيد ـ ٣٩/٢، وشرح مختصر الروضة للطوفي ٣٩٩/١، ومجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٣٢/٢٩، ومبدأ الرضا في العقود للقره داغي ١١٥٠/٢ وما بعدها.

[1] سورة المائدة الآية: (١).

[2] سورة الإسراء الآية: (٣٤).

[3] سورة الأحزاب الآية: (١٥).

[4] سورة الأنعام الآية: (١٥٢).

[5] انظر تفسير الطبري ٣٨٥/٤.

٥- قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[٢].

وجه الاستدلال منها:

أن هذا نص عام في إباحة جميع البيوع فإذا خصص منها شيء بالتحريم كان الباقي على عمومه[٣].

٦- وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[٤].

وجه الاستدلال:

أنها عامة في إباحة جميع التجارات متى وقعت برضا الطرفين فلا يخص شيء بالتحريم إلا بدليل[٥].

قال شيخ الإسلام: (لم يشترط في التجارة إلا التراضي وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة، ثبت حلها بدلالة القرآن إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك)[٦].

ثانياً: من السنة:

---

(1) انظر أحكام القرآن للجصاص ٢٩٦/٢، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٣/٦-٢٤، ومجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٣٨/٢٩، والفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ٨٣/٤، والقواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في المعاملات المالية للشال ص١٢٥.

(2) سورة البقرة الآية: (٢٧٥).

(3) انظر المقدمات الممهدات لابن رشد ٣٧٣/١، والأم ٣٠٢/٣، والقبس في شرح الموطأ لابن العربي ٨٤٦/٢.

(4) سورة النساء الآية: (٢٩).

(5) انظر أحكام القرآن للجصاص ١٧٤/٢، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٠٠/٥.

(6) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٥٥/٢٩.

١- عن عبد الله بن عمرو ــ رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (أربع خلال من كن فيه كان منافقاً خالصاً: من إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر. ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها)[١].

وجه الاستدلال:

أن الحديث عام في النهي عن الغدر ومنه نقض العهود والتشديد على من يفعل ذلك، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يؤمر بالوفاء مطلقاً ويذم من نقضها وغدر مطلقا[٢].

٢- وعن أبي هريرة ــ رضي الله عنه ــ قال: قال النبي ﷺ: (الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً)[٣].

وجه الاستدلال: أن الحديث جاء بتخصيص المحرم من المصالحة والشروط ــ وهي عقود ــ بما أحل حراماً، أو حرم حلالاً ويبقى ماعدا ذلك جائزاً، فإن المشترط، أو العاقد ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله فإن عقده حينئذٍ وشرطه يكون مبطلاً لحكم الله. وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله. وإنما العاقد والمشترط لهما أن يوجبا ما لم يكن واجباً بدون العقد والشرط.

---

(1) أخرجه البخاري في كتاب الجزية والموادعة باب إثم من عاهد ثم غدر. صحيح البخاري ومعه فتح الباري ٤١٧/٦، ومسلم في كتاب الإيمان باب خصال المنافق صحيح مسلم بشرح النووي ٤٦/٢.

(2) انظر الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ٨٨/٤، ومجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٤٦/٢٩.

(3) سبق تخريجه انظر ص٩٩-١٠٠ .

فمقصود العقود والشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً، وعدم الإيجـــاب ليس نفياً للإيجاب حتى يكون العاقد والمشترط مناقضاً للشرع[١].

ثالثاً: من المعقول:

١- أن العقود من باب العادات لا العبادات، والأصل في المعـــاملات الجـــواز والصحة حتى يدل الدليل على التحريم[٢]، وذلك لقوله تعالى: (وقد فـــصل لكم ما حرم عليكم)[٣] وهذا عام في الأعيان والأفعال وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاســـدة كانـــت صحيحة. فانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم فثبت بالاستـــصحاب العقلي، وانتفاء الدليل الشرعي عدم تحريم العقود والشروط[٤].

٢- أن تحريم العقود والشروط التي تجري بين الناس في معـــاملاتهم العاديـــة بغير دليل شرعي تحريم لما لم يحرمه الله بخلاف العقود التـــي تتـــضمن شرع دين لم يأذن به الله. فإن الله قد حرم أن يشرع من الدين ما لم يـــأذن به. فلا تشرع عبادة إلا بشرع الله، ولا تحرم عادة إلا بتحريم الله والعقود في المعاملات هي من العادات يفعلها المسلم والكافر. وإن كان فيها قربـــة

---

(1) انظر مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٤٧/٢٩-١٤٨.

(2) انظر المبسوط للسرخسي ١٣٥/٢٠، والهداية للميرغناني مع فتح القدير للكمال بن الهمام ٣٤٢/٤، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٥٦، والمعيار للونشريسي ١٩٥/٥، ٥٤٨/٦، والمنثور للزركشي = = ٤١٢/٢-٤١٣، والأشباه والنظائر للسيوطي ص١٣٣، والتمهيد للإسنوي ص٤٨٧، ومختصر الروضة للطوفي ٣٩٩/١، والواضح لابن عقيل ٣١٠/٢ وما بعدها، ومجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ٤٦٦/٢٩، وجمهرة القواعد الفقهية للندوي ٢٩٧/١، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو ص١٩١.

(3) سورة الأنعام الآية: (١١٩).

(4) انظر مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٥٠/٢٩.

من وجه آخر. فليست من العبادات التي يفتقر فيها إلى شرع كالعتق والصدقة[١].

ونوقشت أدلة الجمهور بما يلي:

أولاً: أن الآيات ليست على عمومها، بل هي في بعض العقود والشروط التي جاء النص بها. بدليل أن من عقد على الربا، أو شرط الزنا لا يحل له الوفاء بشيء من ذلك، لأنه معصية ولا فرق بين هذا وبين من شرط، أو عقد على تضييع حد، أو إبطال حق، أو منع مباح[٢].

وأجيب عن هذا الاعتراض بما يلي:

أما مقدمة الاعتراض فهي تخصيص دون مخصص، ودعوى دون دليل. فالجمهور خصوا الآيات بما لم يرد فيه نهي خاص أما ما ورد دليل بتحريمه كالعقد المشتمل على الربا، أو الضرر فهو خارج عن عموم الآيات للدليل المخصص. يقول ابن القيم: (وأما تخصيصها فلا وجه له وهو يتضمن إبطال ما دلت عليه من العموم وذلك غير جائز إلا ببرهان من الله ورسوله)[٣].

وأما الدليل الذي ساقه على الاعتراض فهذا لا دليل فيه على ما أراد، بل هو حجة للجمهور، لأن هذه الأمور قد خصت بالدليل المخصص الذي أخرجها من عموم الآيات فيبقى ما لم يرد فيه دليل على أصل الإباحة.

وأما قوله: (أو منع مباح) حيث إن الشارط يمنع المشروط عليه مما كان مباحاً له كما لو اشترط البائع سكن البيت المبيع سنة. فهذا هو محل النزاع فلا يحتج به هنا إذ أننا لما قلنا بجواز مثل هذا الشرط ترتب عليه أثره الذي رتبه الشارع

---

(1) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ٢٩/١٥١-١٥٢.

(2) انظر الإحكام لابن حزم ٥/١٧.

(3) إعلام الموقعين لابن القيم ١/٤٢٩.

وهو وجوب الوفاء به وليس في هذا منع لمباح بل التزام بما أوجبه الله من الالتزام بالعقود والشروط الصحيحة ووجوب الوفاء بالالتزامات الصحيحة لا يخالف فيه أحد فبيع الجارية يحرمها على البائع ويحلها للمشتري وليس في هذا منع مباح وبهذا يظهر الفرق بين ما ذكره من العقد على الربا، أو الزنا وبين هذه العبارة إذ أن الأمور الأولى محرمة أصلاً بنص الشارع فلا يجوز العقد عليها ابتداء أما هذه فمباحة أصلاً لعدم ورود الدليل المحرم ويترتب بالتعاقد عليها آثارها التي رتبها الشارع من انتقال الملك في البيع، وحل البضع في النكاح والمنع من بعض التصرفات بالشروط[١].

ثانياً: حديث عبد الله بن عمرو ــ ﷺ ــ في خصال النفاق محمول على الوعد بما افترض الله تعالى الوفاء به، وألزم فعله، وأوجب كالديون الواجبة والأمانات الواجب أداؤها والحقوق المفترضة فقط لا ماعدا ذلك[٢].

وأجيب عنه من وجوه:

١- هذا تخصيص بلا مخصص.

٢- أن هذا خلاف ظاهر الحديث ــ وهذه مخالفة لمذهب ابن حزم ــ لأن الحديث على هذا التأويل ليس فيه فائدة جديدة، لأن ما افترض الله تعالى على المكلف يجب عليه الوفاء به سواء وعد أو لم يعد ولا شك أن التأسيس خير من التأكيد[٣].

٣- ثم إن هذا الاعتراض لا يرد على أصحاب القول الأول لأنهم يرون أن وجوب الوفاء بالعقد المستحدث هو بأمر الله فهو اعتراض بمحل النزاع،

---

(1) انظر مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٥٣/٢٩-١٥٤.

(2) الإحكام لابن حزم ٢١/٥.

(3) مبدأ الرضا في العقود للقره داغي ١١٦١/٢.

حيث إن النزاع هو في العقود المستحدثة هل أوجب الله الوفاء بها بناء على صحتها عندهم، أم أنه لا يجب الوفاء بها لحرمتها عندكم فلا يصح الاعتراض بذلك.

ثالثاً: أما حديث أبي هريرة ـ ﷺ ـ فسبق ذكر مناقشته والجواب عنها في مسألة: الأصل في الشروط المقترنة بالعقد وذلك في الفصل الثاني من الباب الأول[١].

رابعاً: الدليل الأول من المعقول يمكن أن يناقش بأن هذا هو محل النزاع فلا دلالة فيه.

خامساً: الدليل الثاني من المعقول نوقش بما يلي:

أن العقود تغير ما كان مشروعاً، لأن ملك البضع أو المال إذا كان ثابتاً على حال، فعقد عقداً أزاله عن تلك الحال فقد غير ما كان مشروعاً، بخلاف الأعيان التي لم تحرم. فإنه لا تغير في إباحتها[٢].

وأجيب عنه:

بأنه لا فرق بينهما. وذلك أن الأعيان إما أن تكون ملكاً لشخص، أو لا تكون فإن كانت ملكاً فانتقالها بالبيع وغيره لا يغيرها وهو من باب العقود. وإن لم تكن ملكاً فملكها بالاستيلاء ونحوه فهو فعل من الأفعال مغير لحكمها بمنزلة العقود. وأيضاً فإنها قبل الذكاة محرمة. فالذكاة الواردة عليها بمنزلة العقد الوارد على المال. فكما أن أفعالنا في الأعيان من الأخذ والذكاة الأصل فيها

---

(1) انظر ص١٢٠ .

(2) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٥٢/٢٩.

الحل، وإن غير حكم العين فكذلك أفعالنا في الأملاك بالعقود ونحوها الأصل فيها الحل، وإن غيرت حكم الملك له[1].

القول الثاني: ذهب الظاهرية وعلى رأسهم ابن حزم إلى تقييد الحرية في إنشاء العقود واستحداثها بما نص عليه فلا يجوز استحداث ما لم يدل الدليل على إباحته، فالأصل في العقود المنع والحظر إلا ما ورد به الدليل[2].

واستدلوا بأدلة من أبرزها:

أولاً: من القرآن:

١- قوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾[3].

٢- وقوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[4].

٣- وقوله تعالى: ﴿وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ يُدْخِلْهُ نَارًا خَٰلِدًا فِيهَا﴾[5].

وجه الاستدلال:

دلت الآيات على أن من أحدث عقداً، أو شرطاً لم ينص على جوازه فقد طعن في كمال الدين، وزاد فيه، وتعد حدود الله[6].

ثانياً: من السنة:

---

(1) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٥٢/٢٩-١٥٣.

(2) انظر الإحكام لابن حزم ٥/٥، والفتاوى الكبرى لابن تيمية ٧٦/٤، ومجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٢٦/٢٩، وإعلام الموقعين لابن القيم ٤٢٤/١، والرضا في العقود للقره داغي ١١٥٠/٢، والمدخل لدراسة الشريعة لزيدان ص٣٢٨، والغرر وأثره للضرير ص١٣، والمدخل للفقه للدرعان ص٤٠٢.

(3) سورة المائدة الآية: (٣).

(4) سورة البقرة الآية: (٢٢٩).

(5) سورة النساء الآية: (١٤).

(6) انظر الإحكام لابن حزم ١٤/٥.

١- عن عائشة ــ رضي الله عنها ــ أن رسول الله ﷺ قال: (ما بــال رجــال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق)[1].

وجه الاستدلال:

هذا دليل على إبطال كل شرط ومثله كل عقد مستحدث لم يدل على جوازه دليل من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع[2].

يقول ابن حزم في بيان وجه الاستدلال من الحديث والآيات قبله:

(فهذه الآيات، وهذا الخبر براهين قاطعة في إبطال كل عهد، وكل عقد، وكــل وعد، وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به، أو النص على إباحة عقده، لأن العقود والعهود والأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك)[3].

٢- عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: (من عمل عملاً لــيس عليه أمرنا فهو رد)[4].

وجه الاستدلال:

---

(1) سبق تخريجه نظر ص٩٠ .

(2) انظر المحلى لابن حزم ٣٢٠/٧، والإحكام لابن حزم ١٥/٥.

(3) الإحكام لابن حزم ١٥/٥.

(4) أخرجه البخاري في كتاب الصلح باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود صحيح البخاري بفتح الباري ٦٤٠/٥، بلفظ (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد) وأخرجه البخاري معلقاً بلفظ من (عمل عملاً...) في كتاب البيوع باب النجش ٨٩/٥، وفي كتاب الاعتصام باب إذا اجتهد العامل ٢٥٥/١٥، ومسلم في كتاب الأقضية باب نقض الأحكام الباطلة بلفظ (من عمل عملاً...) صحيح مسلم بشرح النووي ١٦/١٢.

قال ابن حزم: (فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص، أو الإجماع بإلزامه باسمه، أو بإباحة التزامه بعينه)[١].

ثالثاً: من المعقول:

أن العقود والشروط التي لم ينص على إيجابها ونفاذها لا تنفك من أربعة أوجه لا خامس لها أصلاً:

١- إما أن يكون فيه إباحة ما حرم الله تعالى في القرآن أو على لسان رسوله ﷺ فهذا عظيم لا يحل.

٢- وإما أن يكون التزام فيه تحريم ما أباحه الله تعالى في القرآن، أو على لسان رسوله ﷺ فهذا عظيم لا يحل.

٣- وإما أن يكون التزام إسقاط ما أوجبه الله تعالى في القرآن، أو على لسان رسوله ﷺ فهذا عظيم لا يحل.

٤- وإما أن يكون أوجب على نفسه ما لم يوجبه الله تعالى عليه فهذا عظيم لا يحل. وضح أن كل هذه الوجوه تعد لحدود الله وخروج عن الدين والمفرق بين شيء من ذلك قائل في الدين بالباطل فنعوذ بالله من ذلك[٢].

ونوقشت أدلة القول الثاني بما يلي:

أولاً: أما الآيات فلا يسلم بأن استحداث عقد لم يدل الدليل على تحريمه طعن في كمال الدين وتعدي لحدود الله لما يلي:

١- أن الدين قد دل على إباحة هذه العقود المستحدثة التي لم يرد دليل بتحريمها وذلك بالأدلة العامة والقواعد الشرعية والأصول القطعية.

---

(1) الإحكام لابن حزم ٣١/٥.

(2) انظر الإحكام لابن حزم ١٥/٥-١٦.

٢- أن كمال الدين ليس فقط بالنص من القرآن والسنة على كل واقعة هذا يكذبه الواقع، وإنما بالنص وبما وضعه الشارع من طرق للاستنباط من النصوص، والقياس عليها، وبما شرعه من الأصول والقواعد والمصالح المرعية التي لا يخرج عنها شيء من الوقائع والنوازل[1].

٣- أن تعدي حدود الله هي في مخالفة الأحكام التي جاء بها الشرع كما لو عقد عقد ربا، أو ميسر فهذا متعدي أما استحداث عقد جديد لم يدل الدليل على تحريمه بل جاءت الأدلة العامة بوجوب الوفاء به كقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[2] فلا يقر بأن هذا تعدي لحدود الله.

يقول ابن القيم ــ رحمه الله ــ في الجواب عن احتجاج الظاهرية بالآيات: (وتعدي حدود الله هو تحريم ما أحله الله، أو إباحة ما حرمه، أو إسقاط ما أوجبه لا إباحة ما سكت عنه وعفا عنه بل تحريمه هو نفس تعدي حدوده)[3].

ثانياً: أما حديث عائشة ــ رضي الله عنها ــ الأول فالجواب عنه من وجوه:

١- أن المراد بالحديث الشرط الذي خالف كتاب الله بأن يكون المشروط مما حرمه الله بدليل قوله في الحديث (قضاء الله أحق وشرط الله أوثق) أي: كتاب الله أحق من هذا الشرط وشرط الله أوثق. وأما إذا كان المشروط مما لم يحرمه الله فلم يخالف كتاب الله وشرطه حتى يقال: (كتاب الله أحق وشرط الله أوثق) فيكون المعنى: من اشترط أمراً ليس في حكم الله، أو

---

[1] انظر التفسير الكبير للرازي ٣٥٨/٣، ومبدأ الرضا في العقود للقره داغي ١١٦٢/٢.

[2] سورة المائدة الآية: (١).

[3] إعلام الموقعين لابن القيم ٤٢٩/١.

كتابه بواسطة، أو بغير واسطة فهو باطل، لأنه لابد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط[١].

٢- أن المراد بالحديث ما ليس في كتاب الله إباحته لا بعمومه ولا بخصوصه فإن ما دل كتاب الله على إباحته بعمومه فإنه في كتاب الله، لأن قولنا: هذا في كتاب الله يعم ما هو فيه بالخصوص وبالعموم وعلى هذا معنى قوله تعالى: ﴿ وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ تِبْيَٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ ﴾[٢] وقوله: ﴿ وَلَٰكِن تَصْدِيقَ ٱلَّذِى بَيْنَ يَدَيْهِ وَتَفْصِيلَ كُلِّ شَىْءٍ ﴾[٣].

وقوله: ﴿ مَّا فَرَّطْنَا فِى ٱلْكِتَٰبِ مِن شَىْءٍ ﴾[٤] ومعلوم أن القرآن والسنة لم يأتيا ببيان كل شيء بخصوصه وإنما على وجه العموم وبالقواعد الكلية[٥] فكل ما دل الكتاب والسنة على إباحته بعمومهما فهو في كتاب الله فالعقود المستحدثة مما لم ينه عنها داخلة في قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾[٦]

ثالثاً: أما حديث: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد).

فالجواب عنه: أن العقود المستحدثة التي جاءت النصوص بعمومها على إباحتها وإلزام من التزمها ليست مخالفة لأمر الله ورسوله، بل هي من أمر الله ورسوله والمحرم لها هو الذي يرد أمر الله ورسوله وهذا هو محل النزاع فلا حجة لكم فيه.

---

(1) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ٢٩/١٥٩-١٦٠.

(2) سورة النحل الآية: (٨٩).

(3) سورة يوسف الآية: (١١١).

(4) سورة الأنعام الآية: (٣٨).

(5) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ٢٩/١٦٣.

(6) سورة المائدة الآية: (١).

يقول ابن حجر ــ رحمه الله ــ في شرح الحديث: (فإن معناه من اخترع في الدين ما لا يشهد له أصل من أصوله فلا يلتفت إليه)[1].

رابعاً: أما دليلهم من المعقول فالجواب عنه:

أن الجمهور لا يقولون بواحد من هذه الأمور الأربعة فهي خارجة عن محل الخلاف. فالخلاف في نطاق العقود التي لم يرد بها نص شرعي خاص بجوازها أو بحرمتها، بل إن النص الشرعي قد ورد بعمومه بجوازها ووجوب الوفاء بها عند التزامها[2].

يقول ابن القيم في الجواب عن هذا الدليل: (وأما ما ذكرتم من تضمن الشرط لأحد تلك الأمور الأربعة ففاتكم قسم خامس، وهو الحق، وهو ما أباح الله سبحانه للمكلف تنويع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياها فيباشر من الأسباب ما يحله له بعد أن كان حراماً عليه، أو يحرمه عليه بعد أن كان حلالاً له، أو يوجبه بعد أن لم يكن واجباً، أو يسقط وجوبه بعد وجوبه. وليس في ذلك تغيير لأحكامه، بل كل ذلك من أحكامه سبحانه فهو الذي أحل وحرم وأوجب وأسقط، وإنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا.

فكما أن شراء الأمة ونكاح المرأة يحل له ما كان حراماً عليه قبله، وطلاقها وبيعها بالعكس يحرمها عليه، ويسقط عنه ما كان واجباً عليه من حقوقها، كذلك إلزامه بالعقد والعهد والنذر والشرط)[3].

الترجيح:

---

[1] فتح الباري لابن حجر ٦٤٢/٥.

[2] انظر مبدأ الرضا في العقود للقره داغي ١١٦٣/٢.

[3] إعلام الموقعين لابن القيم ٤٣٠/١.

والراجح ــ والله أعلم ــ هو القول الأول قول الجمهور بأن العبد حر في إنشاء العقود واستحداثها والإلزام بها ما لم يدل الدليل على تحريمها وذلك لما يلي:

١- قوة أدلتهم وسلامتها وثباتها أمام الاعتراض.

٢- ضعف أدلة القول الثاني وتهافتها أمام المناقشة.

٣- أن في هذا القول دلالة على سعة الشريعة وكمالها وصلاحها لكل زمان ومكان قال تعالى: ﴿ ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ ﴾[1] فهذا القول هو الذي تدل عليه هذه الآية لا القول الآخر.

٤- أن النصوص محدودة والوقائع والنوازل ممدودة وهذا يشهد له الواقع فلو قلنا بأن الأصل المنع إلا ما جاء النص أو الإجماع بإباحته لأدى ذلك إلى تعطل أكثر معاملات الناس اليوم وهذا يخالف كمال الشريعة.

٥- أن عدم النص على النوازل لا يعني خلوها من دليل فالجمهور القائلون بالإباحة أصلاً في المعاملات والعقود هم في حقيقة الأمر يستندون إلى الأدلة من عمومات النصوص، والقياس، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع والاستحسان، والاستصحاب، والأصول والقواعد الشرعية المعتبرة فعدم النص لا يعني عدم الدليل.

وهذا من أسباب الخلاف في المسألة إذا أن ابن حزم يحصر الدليل في النص والإجماع خلافاً للجمهور الذين يرون أن الدليل يتسع ليشمل بالإضافة إلى ما سبق القياس والمصالح المرسلة والاستصحاب، والاستحسان، وسد

---

[1] سورة المائدة الآية: (٣).

الذرائع...الخ. فمن أسباب الخلاف في المسألة الخلاف في الأصول المعتبـــرة لبناء الأحكام.

المطلب الثاني: مدى حرية العاقدين في اشتراط الشروط:

هذه المسألة سبق الحديث عنها تحت عنوان: (الأصل في الشروط المقترنة بالعقد) حيث تبين أن العلماء مجمعون على فساد الشروط التي دل الدليل على تحريمها، فلا حرية للعاقدين في اشتراط شرط دل الدليل على تحريمه.

وإنما وقع الخلاف في مدى الحرية فيما لم يدل الدليل على فساده على قولين:

١- القول الأول: ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن للعاقدين الحرية الكاملة في اشتراط الشروط التي لم يأت الدليل بتحريمها، لأن الأصل في الشروط الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه.

٢- القول الثاني: ذهب الظاهرية إلى أن العاقد ليس له اشتراط إلا ما دل الدليل على إباحته فحريته مقيدة بذلك فليس له الحرية في اشتراط شروط لم يدل الدليل على إباحتها، لأن الأصل عندهم في الشروط الفساد إلا ما دل الدليل على إباحته.

فالجمهور وسعوا من حرية الاشتراط والظاهرية ضيقوا من الحرية وكل جرى على أصله الذي قرر. وسبق ذكر الأدلة، والمناقشات حولها، وظهر رجحان رأي الجمهور[١].

---

(1) انظر الأقوال والأدلة والمناقشة في مسالة: الأصل في الشروط المقترنة بالعقد ص١١٧ وما بعدها.

المبحث الرابع: عقود المعاوضات المالية التي يدخلها الشرط الجزائي وموضعه منها

المطلب الأول: عقود المعاوضات المالية التي يدخلها الشرط الجزائي:

أولاً: لا يجوز دخول الشرط الجزائي على عقود المداينة أي: ما كان الالتزام فيها ديناً، والتي يؤدي الشرط الجزائي فيها إلى أخذ مبالغ مالية مقابل التأخر في سداد الدين المستحق مثل: عقد السلم، والقرض، والبيع المؤجل، والبيع بالتقسيط، والشرط الجزائي على المستصنع في عقد الاستصناع والمستورد في عقد التوريد، لأن الشرط الجزائي يؤدي إلى الربا المحرم.

ثانياً: أما العقود التي لا يكون الالتزام فيها ديناً مثل: عقد التوريد في جانب المورد، والاستصناع في جانب الصانع، والإجارة ونحوها فقد وقع الخلاف فيها ورجحت فساد الشرط الجزائي وصحة العقد[١].

المطلب الثاني: موضع الشرط الجزائي من عقد المعاوضات المالي:

الشرط الجزائي إما أن يأتي مقترناً بالعقد ـ مقارناً للعقد ـ وهذا هو الأغلب، أو متقدماً على العقد، أو متأخراً عنه[٢]. ويختلف اعتبار الشرط باعتبار موضعه. وقد تحدث العلماء عن أحكام الشرط باعتبار موضعه. والشرط الجزائي لا يختلف عن غيره من الشروط في هذا الأمر. لذلك الحديث في هذا

---

(1) انظر ص٢٢٦ وما بعدها .

(2) انظر قرارات المجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الدورة الثانية عشرة ١٤٢١هـ ص٥.

المطلب عن الشروط عموماً ومن ضمنها الشرط الجزائي من حيث ثبوت أثر الشرط في العقد صحة وفساداً، أو عدم ثبوت أثره لا بالصحة والفساد باختلاف موضعه.

أولاً: الشرط الجزائي المقارن ـ المقترن بالعقد ـ.

وهو الواقع حين التعاقد والمذكور في صلب العقد. وهو المحل الطبيعي للاشتراط. ولا خلاف بين العلماء في ثبوت الشرط المقارن للعقد[1]، وتأثيره فيه صحة وفساداً باختلاف ذلك الشرط[2].

ثانياً: الشرط الجزائي المتقدم:

اختلف العلماء في اعتبار الشرط المتقدم على العقد وتأثيره فيه على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية وهو رواية عند الحنابلة إلى عدم اعتبار الشرط المتقدم، وأنه لغو لا أثر له صحيحاً كان، أو فاسداً[3].

واستدلوا بأدلة منها:

١- أن التصرف إنما يستفاد من العبارة الدالة على إنشائه، أو ما يقوم مقامها في ذلك فيلزم اعتبارها والنظر إليها وحدها، فإن كانت مطلقة لم تتقيد بالتزام آخر وكان العقد مطلقاً تبعاً لذلك، وإن كانت مقيدة بشيء من الالتزامات كان العقد مقيداً تبعاً لذلك أيضاً على أن ما يتقدم العقد من

---

(1) سبق الحديث عن الشروط المقترنة بالعقد في المذاهب المختلفة انظر ص ٦٨ وما بعدها.

(2) انظر المجموع للنووي ٤٦١/٩، وكشاف القناع للبهوتي ١٨٩/٣، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص٤٧، والشروط الجعلية في عقد البيع للحكمي ص٢٧.

(3) انظر حاشية ابن عابدين ١٢١/٤، وبدائع الصنائع للكاساني ١٧٦/٥، والاختيار للموصلي ٢١/٢، وفتح القدير للكمال بن الهمام ٤٤٢/٦-٤٥٤-٤٥٥، والمجموع للنووي ٤٦١/٩، وكشاف القناع للبهوتي ١٨٩/٣، والإنصاف للمرداوي ٣٨٩/٢٠، وحاشية الروض المربع لابن قاسم ٣٩٢/٤.

الشروط قد يغفل عنه العاقدان ولا يذكرانه حين العقد. ومثل هذا كيف نحكم باعتباره ونقيد التصرف به؟[1].

٢- الشرط في العقد كالاستثناء في الكلام كلاهما يقيد ما يقترن به ويغير موجبه ومقتضاه. والاستثناء إنما يعتبر إذا كان مقارناً للكلام المستثنى منه فيلزم أن يكون الشرط مثله[2].

القول الثاني: ذهب المالكية والحنابلة في ظاهر المذهب إلى أن الشرط المتقدم كالمقارن في اعتباره وإلحاقه بالعقد وأثره فيه[3].

واستدلوا بأدلة منها:

١- عموم الأدلة التي تحث على الوفاء بالعقود والشروط كقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[4] وقوله ﷺ: (المسلمون على شروطهم)[5].

وجه الاستدلال:

أن الشرط المتقدم الصحيح شرط وعقد يجب الوفاء به بنص الآية والحديث، لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول ذلك تناولاً واحداً[6].

---

[1] نظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص٥٢.

[2] انظر الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص٥٢.

[3] انظر فتح العلي المالك لعليش ١٢٤/٢، ومواهب الجليل للحطاب ٤٤٦/٣، والإنصاف للمرداوي ٣٨٩/٢٠، وكشاف القناع للبهوتي ١٨٩/٣- ٩٠/٥، وحاشية الروض لابن قاسم ٣٩٢/٤، ومجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ٣٩٦/٢٩، والفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ١٠٨/٤، وإعلام الموقعين لابن القيم ١٧٦/٣، والالتزامات في الشرع الإسلامي لأحمد إبراهيم ص٢١٢.

[4] سورة المائدة الآية: (١).

[5] سبق تخريجه انظر ص٩٩-١٠٠ .

[6] كشاف القناع للبهوتي ٩٠/٥، والإنصاف للمرداوي ٣٨٩/٢٠.

٢- أن فيه سداً لذريعة التحايل بالشروط الفاسدة المتقدمة، لأن عدم إفساد العقد بالشروط الفاسدة المتقدمة يفتح باب الحيل بأن يتفق على الشروط الفاسدة مقدماً ثم يعقد العقد خالياً من تلك الشروط، فسداً للذرائع لا يفرق بين الشرط المتقدم والمقارن[1].

والراجح ــ والله أعلم ــ:

هو القول الثاني القائل بعدم الفرق بين المتقدم والمقارن وذلك لما يلي:

١- لقوة أدلتهم.

٢- لأنه الأحوط، وفيه سد لباب الفساد والتحايل فغير مسلم بأن التصرف إنما يستفاد من العبارة الدالة على إنشائه وحدها بقطع النظر عما تقدمها من شروط، لأن هذا يفتح باب الحيل على مصراعيه، ثم إن الأدلة دلت على وجوب الوفاء بالعقود والشروط الصحيحة عموماً فتشمل الشرط الصحيح المتقدم.

٣- أن قياس الشرط على الاستثناء قياس مع الفارق، لأن الاستثناء لا يستقل بنفسه في الإفادة خلافاً للشرط فهو يستقل ويفيد معنى بنفسه دون افتقار لغيره[2].

وسبب الخلاف في المسألة ــ والله أعلم ــ يرجع إلى مبدأ سد الذرائع فمن أخذ به جعل المتقدم كالمقارن فساداً وصحة وذلك منعاً من الوقوع في البيوع المحرمة، لئلا يؤدي عدم تأثير الشرط المتقدم الفاسد بإفساد العقد إلى أن يحتال الناس بالشرط الفاسد المتقدم على إنشاء العقود خالية منه مع اعتباره أثناء

---

[1] انظر إعلام الموقعين لابن القيم ١٧٦/٣-١٧٧.

[2] انظر نظرية الشروط المقترنة بالعقد لزكي الدين شعبان ص٥٣.

العمل بالعقد كشرط التحليل. ومن لم يأخذ بسد الذرائع لم يعتبر الشرط المتقدم فاسداً كان، أو صحيحاً[١].

ثالثاً: الشرط الجزائي المتأخر:

اختلف العلماء في الشرط الواقع بعد تمام العقد ومنه الشرط الجزائي على أربعة أقوال:

القول الأول: ذهب المالكية إلى أن الشرط المتأخر غير معتبر ولا يلحق بالعقد أصلاً[٢].

ووجهتهم ما يلي:

١- أن العقد كلام لإبقاء له ينتهي بمجرد حصوله فلا يلتحق به الشرط الذي يذكر بعده.

٢- ولأن هذا يؤدي إلى اضطراب المعاملات وعدم استقرارها[٣].

القول الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الشرط المتأخر إذا وقع في زمن الخيارين: خيار المجلس، أو الشرط فهو شرط معتبر ومؤثر صحة، أو فساداً، فهو في حكم المقارن، أما إذا وقع بعد لزوم العقد بانقضاء الخيار فلا اعتبار له ولا أثر[٤].

ووجهتهم ما يلي:

أن العقد قبل اللزوم قابل للفسخ، وإزالة حكمه فيكون قابلاً للتعديل في أحكامه، والتغيير في آثاره بما يرد عليه من الشروط اللاحقة بالطريق الأولى ولئن كان

---

(1) انظر إعلام الموقعين لابن القيم ١٧٨/٣، والباعث على العقود للزحيلي ص١٥.

(2) انظر مواهب الجليل للحطاب ٤٤٦/٣، وفتح العلي المالك لعليش ١٢٤/٢.

(3) انظر نظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص٥٧.

(4) انظر المجموع للنووي ٤٦١/٩، وكشاف القناع للبهوتي ١٨٩/٣، والإنصاف للمرداوي ٣٨٩/٢٠.

بعض الشروط مؤدياً إلى إفساد العقد وإبطال حكمه فليس في ذلك مخالفة لمركز العقد ووضعه إذ هو قابل للفسخ والرفع في تلك الحالة. أما بعد اللزوم فإن أحكامه تتقرر بحيث لا يملك العاقد أن يفر من موجبه وأن يتحلل من عهدته وفي التحاق الشرط به تغيير لهذه الأحكام المستقرة، وإفضاء إلى الفرار من أحكام العقد وآثاره وذلك مخالف للزومه واستقراره فلا يصح[١].

القول الثالث:

ذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن إلى التفريق بين الشرط الصحيح والفاسد فالصحيح المتأخر كالمقارن في الاعتبار والأثر ولزوم الوفاء به. أما الشرط الفاسد المتأخر فلا اعتبار له ولا تأثير له في إفساد العقد[٢].

ووجهتهم ما يلي:

أن إلحاق الشرط الفاسد بالعقد يغير العقد من الصحة إلى الفساد فلا يصح فبقي العقد صحيحاً كما كان، لأن العقد كلام لا بقاء له، والالتحاق بالمعدوم لا يجوز فكان ينبغي ألا يصح الإلحاق أصلاً إلا أن إلحاق الشرط الصحيح بأصل العقد ثبت شرعاً للحاجة إليه حتى صح إقرانه بالعقد فيصح إلحاقه به فلا حاجة إلى إلحاق الشرط الفاسد ليفسد العقد ولهذا لم يصح قرانه بالعقد[٣].

القول الرابع:

ذهب أبو حنيفة إلى أن الشرط المتأخر كالمقارن في الاعتبار والتأثير صحيحاً كان، أو فاسداً[٤].

---

(1) نظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص٥٨.

(2) انظر بدائع الصنائع للكاساني ١٧٦/٥، وحاشية ابن عابدين ١٢٧/٤، والبحر الرائق لابن نجيم ٩٤/٦.

(3) بدائع الصنائع للكاساني ١٧٦/٥.

(4) انظر بدائع الصنائع للكاساني ١٧٦/٥، والبحر الرائق لابن نجيم ٩٤/٦.

ووجهته ما يلي:

أن اعتبار التصرف على الوجه الذي أوقعه المتصرف واجب إذا كان هو أهلاً والمحل قابلاً، وقد أوقعه مفسداً للعقد إذ الإلحاق لفساد العقد فوجب اعتباره كما لو أوقعه فاسداً في الأصل. ولأنهما يملكان الفسخ فالتغيير أولى، لأن التغييــر تبديل الوصف والفسخ رفع الأصل والوصف[١].

والراجح ــ والله أعلم ــ:

أن الشرط المتأخر إذا وقع بعد انقضاء الخيار ولزوم العقد التزام وعقد جديــد فمتى كان صحيحاً لزم الوفاء به وترتبت آثاره، لأنه وقع بتراضي الطرفين ولا مانع من صحته لذاته فالوفاء به واجب لالتزامهما به.

أما إذا كان فاسداً فإنه يفسد في نفسه، ولا يؤثر في العقد، لأنه منفك عنه، ولا يعود بخلل في ثمن، أو مثمن، ولا يحدث غرراً، ولا يمنع من رضا ما دام أن العقد قد لزم بالتراضي وتحققت أركانه وشروطه[٢].

---

(1) بدائع الصنائع للكاساني ١٧٦/٥، والبحر الرائق لابن نجيم ٩٤/٦.

(2) انظر الشروط الجعلية في عقد البيع للحكمي ص٢٩، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص٥٨-٥٩.

الفصل الثاني

الشرط الجزائي في عقود المعاوضات المالية المعاصرة وأثره فيها

ويشتمل على أربعة مباحث هي:

المبحث الأول: الشرط الجزائي في عقود الديون المعاصرة.
المبحث الثاني: الشرط الجزائي في عقود الإجارة والاستصناع.
المبحث الثالث: الشرط الجزائي في العقود المستحدثة المختلطة.
المبحث الرابع: الغرامات المالية في العقود الإدارية.

الفصل الثاني

الشرط الجزائي في عقود المعاوضات المالية المعاصرة[١] وأثره فيها

المبحث الأول: الشرط الجزائي في عقود الديون المعاصرة

المطلب الأول: بيع التقسيط:

أولاً: معنى بيع التقسيط:

أ- التقسيط لغة:

من قسط الشيء تقسيطاً إذا فرقه. والقسط ـ بفتح القاف ـ الجور قال تعالى: ﴿ وَأَمَّا ٱلْقَـٰسِطُونَ فَكَانُوا۟ لِجَهَنَّمَ حَطَبًا ﴾[٢]. والقِسط ـ بكسر القاف ـ العدل قال تعالى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴾[٣] والحصة والنصيب والمقدار. يقال: وفاه قسطه أي نصيبه. ومعنى التقسيط لا يخرج عما سبق فهو يطلق على المعاني التالية:

١- (التقتير) ومنه: قسط على عياله النفقة إذا قترها عليهم وهذا جور.

٢- (الاقتسام بالسوية) ومنه: تقسطوا الشيء بينهم إذا اقتسموه بالسوية وهو عدل.

٣- (تفريق الشيء وجعله أجزاء معلومة) ومنه قسط المال بينهم أي فرقه وجعله أجزاء معلومة وهو عدل[٤]. وأقرب المعاني للمعنى المراد الأخير.

---

[1] والمقصود نماذج يقاس عليها ما يماثلها لا الحصر.

[2] سورة الجن الآية: (١٥)

[3] سورة المائدة الآية: (٤٢).

[4] انظر الصحاح للجوهري ١١٥٢/٣، والمصباح المنير للفيومي ص١٩٢، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص٨٨١، ولسان العرب لابن منظور ٣٧٧/٧-٣٧٨، وتاج العروس للزبيدي ٢٥/٢٠-٢٨-٣٢، وأساس البلاغة للزمخشري ص٣٦٥.

ب- بيع التقسيط في الاصطلاح:

عرف بيع التقسيط بتعريفات كثيرة من أجمعها أنه: (عقد على مبيع حال بثمن مؤجل كله، أو بعضه يؤدى مفرقاً على أجزاء معلومة في أوقات معلومة)[1].

وبيع التقسيط معروف عند الفقهاء المتقدمين بمعناه دون اسمه وقد ذكره بعض الفقهاء ضمناً عند بحثهم للبيع المؤجل الثمن ولكنهم لم يفــردوه ببــاب مستقل[2].

وإنما اشتهر بهذا الاسم في العصر الحاضر.

ثانياً: التقسيط والتأجيل:

بيع التقسيط هو بيع مؤجل الثمن ولا يتصور بيع التقــسيط إلا مؤجــل الثمن. لكن البيع مع تأجيل الثمن قد يكون إلى أجل واحد يؤدى فيه الثمن كلــه دفعة واحدة فلا يكون بيع تقسيط، وقد يكون الثمن مؤجلاً إلى أوقات متفرقــة محددة لكل وقت جزء من الثمن يقبض فيه الثمن على دفعات معينــة فيكــون حينئذٍ بيع تقسيط. فالعلاقة إذاً علاقة عموم وخصوص فالتأجيــل هــو العــام والتقسيط هو الخاص فكل تقسيط تأجيل، وليس كل تأجيل تقسيط[3].

---

[1] انظر بيع التقسيط وأحكامه للتركي ص٣٤، والإجارة المنتهية بالتمليك للحافي ص٧٤، وحكم البيع بالتقسيط الأمين الحاج أحمد ص١١، ودرر الحكام لعلي حيدر ١١٠/٢، وحكم بيع التقسيط لمحمد عقلة الإبراهيم ــ مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ــ جامعة الكويت ــ العدد السابع ١٤٠٧هــ ص١٤٠، وبيع التقسيط للمصري ص١١، وبحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص١١.

[2] انظر الهداية للميرغناني مع البناية للعيني ٣٠/٧، وما بعدها، وتبيين الحقائق للزيلعي ٧٩/٤، ودرر الحكام لعلي حيدر ١١١/٢، والأم للشافعي ٨٦/٣-٨٨-٨٩، والمغني لابن قدامة ١٩/٨، ومجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ٢٦/٣٠، وإعلام الموقعين لابن القيم ٥٢/٤ ، وبيع التقسيط للمصري ص١٤.

[3] انظر درر الحكام لعلي حيدر ١١١/٢، وحكم بيع التقسيط لمحمد عقلة الإبراهيم ص١٤٠-١٤١ وبيع التقسيط وأحكامه للتركي ص٣٨.

ثالثاً: حكم دخول الشرط الجزائي وأثره:

وصورته: أن يشترط البائع على المشتري أنه في حالة تأخره في سداد الأقساط في الأوقات المتفق عليها وفق الشروط المتفق عليها يفرض عليه زيادة مقدرة على أصل الدين.

وحكمه:

سبق بيان حكم دخول الشرط الجزائي على الديون وأنه ربا محـــرم[١]. وبما أن البيع بالتقسيط دين فدخول الشرط الجزائي عليه محرم، لأنه ربا.

وأثره:

الشرط الجزائي في بيع التقسيط فاسد ومفسد للعقد لأن العقد أصبح عقد ربا وقد سبق بيان ذلك عند الحديث عن أثر الشرط الجزائي في عقود المداينة[٢].

رابعاً: شرط حلول بقية الأقساط بالتأخر في أداء بعضها:

لكثرة لحوق هذا الشرط ببيع التقسيط ولوجود بعض أوجه الشبه بينه وبـــين الشرط الجزائي رأيت أن أذكر بعض أحكامه هنا وهي كالتالي:

١- صورته: هو اشتراط حلول بقية الأقساط عند التأخر في ســـداد قـــسطين متتاليين، أو ثلاثة أو نحو ذلك مما هو مشترط بين العاقدين.

٢- حكمه: هو شرط صحيح يلزم الوفاء به إذا اكتملت ضـــوابطه. وبجـــوازه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي فـــي دورتـــه السادسة ١٤١٠هـ القرار رقم: ٥١ (٦/٢)[٣].

---

(1) انظر ص٢٠٨-٢٠٩ .

(2) انظر ص٢٣١.

(3) انظر قرارات وتوصيات المجمع ص١١٠.

٣- والدليل على صحته:

أ- عموم الأدلة الدالة على أن الأصل في الشروط الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه، وأنه يلزم الوفاء بما تعاقد عليه، لقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾[1].

ب- أنه لا يشتمل على المعنى الذي أدى إلى القول بحرمة الشرط الجزائي في البيع بالتقسيط فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المعاني التي أدت إلى القول بحرمة الشرط الجزائي كالغرر، وأكل أموال الناس بالباطل، والقمار والميسر.

٤- الضوابط التي يجب توفرها للحكم بصحته:

أ- أن يكون المتأخر في السداد ملياً مماطلاً أما إذا كان سبب التأخر الإعسار فلا يستحق هذا الشرط لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾[2].

ب- أن يوضع من الأقساط المؤجلة التي حلت بالشرط ما زيد فيها مقابل التأجيل فلا يأخذ إلا قيمتها الحالية، لأن الزيادة كانت في مقابل الأجل فأخذها بدون الأجل أكل لأموال الناس بالباطل، لأنه بدون مقابل(٣).

٥- علاقة الشرط الجزائي بهذا الشرط.

يشبه هذا الشرط الشرط الجزائي فيما يلي:

أ- أن كلا منهما مرتبط بالإخلال بالالتزام.

ب- أنهما شرطان تابعان للالتزام الأصلي.

ج- أن فيهما معنى الجزاء.

---

(1) سورة المائدة الآية: (١)

(2) سورة البقرة الآية: (٢٨٠).

(3) انظر بيع التقسيط للتركي ص٣٤٢، وما بعدها، ودرر الحكام لعلي حيدر ٧٥/١، وإعلام الموقعين لابن القيم ٥٢/٤، وبيع التقسيط للمصري ص١١٨، وبحوث فقهية في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص٣٥-٣٦ .

ويختلفان في أمور منها:

أ- أن الشرط الجزائي تعويض مرتبط بالضرر خلافاً لشرط حلول بقية الأقساط.

ب- أن شرط حلول بقية الأقساط لا يرتب على المدين إلا دفع مقدار الالتزام الأصلي أما الشرط الجزائي فهو يرتب مقداراً آخراً من الالتزام بالإضافة إلى التزامه الأصلي.

ج- يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي الإعذار دون شرط حلول بقية الأقساط[١].

المطلب الثاني: القرض المصرفي (البنكي):

أولاً: معنى القرض لغة واصطلاحاً:

القرض لغة: القطع يقال: قرض الشيء بالمقراض قطعه وأقرض فلان فلاناً قطع له قطعة من ماله[٢].

والقرض اصطلاحاً: دفع مال لمن ينتفع به ويرد بدله[٣].

ثانياً: معنى المصرف والبنك:

أ- المصرف هو اسم المكان الذي يتم فيه الصرف[٤].

والصرف لغة: يطلق على معان كثيرة منها: رد الشيء عن وجهه، والميل، والعدل، والتقلب، والوزن، والكيل، والقيمة، والزيادة، والفضل، وفضل الدرهم

---

(1) انظر: للاستزادة من الفروق الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني لفؤاد درادكه ص٢٦٧-٢٦٨ .

(2) انظر الصحاح للجوهري ١١٠١/٣-١١٠٢، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٧١/٥-٧٢، ومجمل اللغة لابن فارس ١٥٤/٤، وأساس البلاغة للزمخشري ص٣٦٢، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص٨٤٠، ولسان العرب لابن منظور ٢١٦/٧، وما بعدها.

(3) الروض المربع للبهوتي مع حاشية ابن قاسم ٣٦/٥، والإنصاف للمرداوي ٣٢٣/١٢، والمبدع لابن مفلح ٢٠٤/٤، وكشاف القناع للبهوتي ٣١٢/٣، ومنتهى الإرادات للفتوحي مع حاشية المنتهى لابن قائد ٣٩٧/٢.

(4) انظر القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب ص٢١٠.

على الدرهم والدينار على الدينار، وبيع الذهب بالفضة أو بعضهما ببعض[١] والمعنى الأخير مرادف لمعناه الاصطلاحي.

والصرف اصطلاحاً هو: بيع النقد بالنقد من جنسه ومن غير جنسه[٢].

والمصرف الذي ينسب إليه المصرفي لم يعد معناه قاصراً على ما يتم فيه الصرف، بل أصبح معناه يشمل الكثير من المعاملات المالية كالحوالات، والإقراض، وقبول الودائع ونحو ذلك ومما قيل في بيان معناه ما يلي:

١- قيل المصرف هو: (المنشأة التي تقبل الودائع من الأفراد والهيئات تحت الطلب، أو الأجل ثم تستخدم هذه الودائع في منح القروض والسلفيات)[٣].

٢- ووصف المصرف بأنه: (هيئة محلية يتعلق عملها بالمال، ويخوّل لها سلطة خصم وتداول السندات الإذنية، والكمبيالات، وغيرها من مستندات الديون الأخرى، ومن أعماله قبول الودائع المالية، والأوراق التجارية، وإقراض النقود بالضمان العقاري أو الشخصي، وشراء وبيع السبائك الذهبية والفضية، والعملة الأجنبية أو الكمبيالات وغير ذلك من الأعمال المالية)[٤] وهو بهذا مرادف للبنك.

ب- البنك:

مأخوذ من الكلمة الإيطالية ــ بانكو ــ أي مائدة إذ كان الصيارفة في القرون الوسطى يجلسون في الموانئ ، والأماكن العامة للاتجار بالنقود ــ

---

(1) انظر لسان العرب لابن منظور ١٨٩/٩-١٩٠، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٠٦٨، ومختار الصحاح للرازي ص١٧٦، والمصباح المنير للفيومي ص١٧٦.

(2) انظر مغني المحتاج للشربيني ٢٥/٢، ومنتهى الإرادات للفتوحي ٣٥٨/٢، وحاشية الروض المربع لابن قاسم ٥٢٤/٤، والمبسوط للسرخسي ١٤/٣، وحاشية ابن عابدين ٢٣٤/٤، والخدمات المصرفية للزعتري ص٢١، وأحكام صرف النقود والعملات للباز ص١٧-١٨.

(3) مذكرات في النقود والبنوك لإسماعيل محمد هاشم ص٤٣، والربا في المعاملات المصرفية للسعيدي ٩٧٧/٢.

(4) أعمال البنوك والشريعة الإسلامية لمحمد مصلح الدين ص١٢، والخدمات المصرفية للزعتري ص٢٣.

الصرف ــ وأمامهم مناضد (تسمى بانكو) بالإيطالية عليها نقودهم ونقلت اللفظة إلى العربية وتوسع في استعمالها حتى صارت كلمة بنك تدل على ما يحــصل فيه العمليات المالية المتنوعة ولم يعد قاصراً على الــصرف[١]. إلا أن معنـــاه يختلف باختلاف البلاد بحسب الإضافة وبحسب أنظمة البلاد المختلفة مما ليس المجال مجال بحثه.

ثالثاً: القرض البنكي أو المصرفي:

هو إعطاء البنك العميل مالاً إلى أجل، أو آجال معينـــة بــشرط زيـــادة فائدة[٢] معينة على رأس المال. وليس في هذا من القرض إلا اسمه وإلا فهــو ربا القروض المعروف بربا الجاهلية[٣].

وقد دلت النصوص على تحريمه قال تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[٤].

وقد حكى الإجماع على تحريمه غير واحد من العلماء[٥].

---

[١] انظر الربا والمعاملات المصرفية للمترك ص٣٠٩، وإدارة المصارف التقليدية والمصارف الإسلامية لمحمد سويلم ص١١، والخدمات المصرفية للزعتري ص٢٢.

[٢] تعرف الفائدة في اصطلاح الاقتصاديين بأنها: الثمن الذي يدفعه المقترض مقابل استخدام نقود المقرض. انظر موسوعة المصطلحات الاقتصادية لحسين عمر ص١٧٤، والقاموس الاقتصادي لمحمد بشير علية ص٣٠٤، وموسوعة المصطلحات الاقتصادية لهيكل ص٣٦ ويعبر عن هذا الثمن عادة في صورة نسبة مئوية في السنة تسمى معدل، أو سعر الفائدة فهي منفعة يحصل عليها المقرض مقابل قرضه. انظر المنفعة في القرض للعمراني ص٨١. واستعمل النصارى لفظ الفائدة بدلاً من لفظ الربا تحايلاً على تحريم القانون الكنسي في العصور الوسطى للربا. انظر الفائدة والربح، وأدوات التمويل الإسلامية لدرويش جستنيه ص٣-٤، ونظرية الربا المحرم لإبراهيم بدوي ص٧، والمنفعة في القرض للعمراني ص٨٢.

[٣] انظر التفسير الكبير للرازي ٨٥/٧، وأحكام القرآن للجصاص ٤٦٥/١، وما بعدها، وأحكام القرآن للكيا الهراسي ٢٣٢/١-٢٣٣، والمنفعة في القرض للعمراني ص١٠٧.

[٤] سورة البقرة الآية: (٢٧٥).

[٥] انظر الإجماع لابن المنذر ص٩٥، والمحلى لابن حزم ٣٤٨/٦، والاستذكار لابن عبد البر ٥٤/٢١ والمغني لابن قدامة ٤٣٦/٦، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٥٧/٣-١٥٨، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٣٤/٢٩، والقوانين الفقهية لابن جزي ص٢٨٤ وعمدة القاري للعيني ١٣٢/١، والمنتقى للباجي ٩٧/٥، وفتح الباري لابن حجر ٣٣٧، والمبدع لابن مفلح ٢٠٩/٤، وتحفة المحتاج للهيثمي ٤٧/٥، ونيل الأوطار للشوكاني ٢٧٥/٥.

رابعاً: حكم دخول الشرط الجزائي وأثره:

القرض البنكي المشترط فيه الزيادة مقابل القرض محرم كما سبق بيانه فلا داعي لبيان حكم دخول الشرط الجزائي عليه. لكن إذا خلا القرض البنكي من الفائدة فإن دخول الشرط الجزائي عليه محرم ولا يقتصر الفساد على الشرط الجزائي بل يمتد إلى العقد فيفسده، لأنه أصبح عقد ربا. وقد سبق بيان حكم دخول الشرط الجزائي على الديون.

وصورة ذلك أن يشترط على المقترض أنه في حالة عدم السداد في الوقت المحدد فإنه يفرض عليه زيادة على أصل القرض فيكون قرضاً جر نفعاً.

المطلب الثالث: بطاقات الائتمان:

أولاً: معنى بطاقات الائتمان(١):

عرفها(٢) المجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في قراره رقم: ١٠٨ (١٢/٢) بأنها: (مستند يعطيه مصدره (البنك المصدر) لشخص طبيعي، أو

---

(1) الائتمان: مصدر على وزن افتعال من أمن نقيض الخوف وأمنته على كذا وائتمنته بمعنى واحد. أي وثقت به واطمأننت إليه. انظر لسان العرب لابن منظور ٢١/١٣-٢٢، والمعجم الوسيط ٦١/١، وهذا ما يقصد بالائتمان هنا حيث إن هذه البطاقة أداة اطمئنان وثقة وضمان للبائع بأن قيمة ما يشتريه حاملها سيدفعها البنك مع احتسابها قرضاً على حاملها يسدده للبنك في الأجل المحدد. وقد اختلف بعض الباحثين المعاصرين حول الأصح في تسميتها فذهب بعضهم إلى أن الأصح (بطاقة الائتمان) نظراً لما سبق ذكره من أنها أداة أمان واطمئنان. انظر بطاقات الائتمان غير المغطاة لمحمد القري ص٢-٣، وبطاقات الائتمان لنزيه حماد ص١، ورجح بعضهم تسميتها (ببطاقات الإقراض) نظراً إلى حقيقتها وماهيتها المميزة لها عن غيرها من البطاقات وهي اشتمالها على عقد قرض. انظر البطاقات البنكية الإقراضية لعبد الوهاب أبو سليمان ص٢٤-٢٥، وما بعدها، والمهم لموضوع البحث أن هذه البطاقة نتيجة عقد يتضمن قرضاً من البنك لحاملها يشترط فيه غرامة تأخير ــ شرط جزائي ــ عند الإخلال بالتسديد في الوقت المحدد.

(2) ذكر المجمع أن هذا تعريف بطاقة الائتمان غير المغطاة وتميزها وظهور عقد القرض إنما يكون في حالة عدم التغطية أما في حالة التغطية بمعنى أن يكون السحب من حساب العميل مباشرة فلا تختلف حينئذٍ عن البطاقة البنكية العادية ــ الصراف الآلي ــ وهي ليست محل البحث هنا.

اعتباري (حامل البطاقة) بناء على عقد بينهما يمكنه مــن شــراء الــسلع، أو الخدمات ممن يعتمد المستند (التجار) دون دفع الثمن حــالاً لتــضمنه التــزام المصدر بالدفع ويكون الدفع من حساب المصدر ثم يعود علــى حاملهــا فــي مواعيد دورية، (أ- وبعضها يفرض فوائد ربوية على مجموع الرصــيد غيــر المدفوع بعد فترة محددة من تاريخ المطالبة. ب- وبعضها لا يفرض فوائد)[١] فهي تشتمل على عقد قرض وهذا التعريف من المجمع هو تعريف بالنظر إلى الغرض من البطاقة وطبيعة العقد. أما بالنظر إلى صــورة البطاقــة وشــكلها فعرفت بأنها: (بطاقة بلاستيكية طبع على وجهها بشكل بارز: رقمهــا، واســم حاملها، وتاريخ صلاحيتها، كما طبع عليه: اسم الــشركة العالميــة للبطاقــة وشعارها، والمــصرف المــصدر لهــا، وفــي خلفهــا شــريط معلومــات الكترومغناطيسي أسود اللون، يليه شريط ورقي أبيض اللون مخصص لتوقيع حاملها، كتب تحته عنوان مصدرها ورقم هاتفه. والحديثة منها تطبع عليهــا ــ بالليزر أو النقل الحراري ــ صورة صاحبها وتوقيعه)[٢].

ثانياً: أنواعها:

للبطاقات الائتمانية القرضية نوعان:

١- بطاقة الائتمان العادية أو بطاقة الاعتماد. (CHARGE CARD) وتسمى بطاقة (الخصم الشهري)، أو بطاقة ائتمان القرض غيــر المتجــدد، أو بطاقــة الإقراض المؤقت الخالي من الزيادة الربوية ابتداء.

ويحق لحاملها أن يقترض من البنك مبلغاً بحد معين لا يتجــاوزه أبــداً ــ يختلف باختلاف فئة البطاقة من ذهبية إلى فضية وغيرها ــ عن طريــق

---

(1) قرارات الدورة الثانية عشرة ١٤٢١هــ ص٣.

(2) التكييف الشرعي لبطاقة الائتمان لباتوبارة ص١٣٧.

السحب النقدي المباشر، أو عن طريق شراء السلع مع وجوب سداد هـذا القرض في وقت محدد ــ من شهر إلى شهرين ــ من تاريخ بداية القرض دون احتساب فائدة مباشرة على القرض. ويتضمن عقدها شرطاً بدفع غرامة محددة عند التأخر في السداد عن الأجل المعين. (الشرط الجزائي).

٢- بطاقة الائتمان القرضية، أو بطاقة الائتمان الآجل، أو بطاقة ائتمان القرض المتجدد (CREDIT CARD) ويحق لحاملها أن يقترض من البنك مبلغاً من المال عن طريق السحب المباشر، أو عن طريق شراء السلع. يختلف هذا المبلغ باختلاف فئة البطاقة لكن هذا القرض قابل للتجدد، لأن التسديد فيها يتم على أقساط مع زيادة ربوية مشروطة من بداية العقد فكلما سدد جزءاً من القرض مع فائدته المحتسبة حق له اقتراض ما يعادل الحد الأعلى له وهكذا دواليك ويتضمن العقد كذلك وجوب دفع غرامة عند التأخر في سداد قسط. وهذا النوع هو الشائع.

وأهم الفروق المهمة للبحث بين النوعين أن القرض في النوع الأول يجب سداده دفعة واحدة في أجل قصير لذا فهو غير متجدد وليس عليه فوائد. وأما النوع الثاني فالقرض يسدد على أقساط فهو قابل للتجدد ويفرض عليه فوائد. وكلا النوعين يشترط فيه غرامات تأخير ــ شروط جزائية ــ ومن أمثلة البطاقات الائتمانية: فيزا، وماستركارد، والأمريكان أكسبرس. وهذه الأنواع يمكن أن تكون من النوع الأول أو الثاني بحسب سياسة البنك المصدر وشروطه[١].

---

[1] انظر في بطاقات الائتمان ــ تعريفها ــ وأنواعها ــ وتكييف العلاقة بين أطرافها ــ البنك وحاملها والتاجر. البطاقات البنكية لعبد الوهاب أبو سليمان ص٢٣، وما بعدها، وبطاقات الائتمان لعبد الستار أبو غدة ص٣، وما بعدها، وبطاقة الائتمان غير المغطاة لعلي عندليب ومحمد تسخيري ص١، وما بعدها،

ثالثاً: حكم دخول الشرط الجزائي وأثره:

النوع الأول: وهو الذي يشترط على القرض فيه فائدة فهو ربا صريح حتى ولو لم تشترط فيه غرامة التأخير (الشرط الجزائي).

وأما النوع الثاني والذي لا يشترط فيه فائدة فإن الشرط الجزائي يحوله من قرض إلى ربا محرم فالشرط الجزائي فاسد مفسد للعقد[١]. لأن العقد عقد دين وقد سبق بيان حكم دخول الشرط الجزائي على الديون وأنه محرم، لأنه ربا[٢].

المطلب الرابع: بيع المرابحة:

أولاً: معنى بيع المرابحة[٣]:

بيع المرابحة المعروف عند الفقهاء الأوائل هو: (البيع برأس المال وربح معلوم)[١].

والبطاقات البنكية لمحمد بالوالي ص٢ وما بعدها، وبطاقات الائتمان غير المغطاة لمحمد القري ص٢ = = وما بعدها، وبطاقة الائتمان للضرير ص١ وما بعدها، وبطاقات الائتمان غير المغطاة لنزيه حماد ص١ وما بعدها، والتكييف الشرعي لبطاقة الائتمان لنواف باتوباره ــ مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد ٣٧، ١٤١٨هــ ص١٣٧ وما بعدها، والشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية لمحمود إرشيد ص١٨ وما بعدها، والخدمات المصرفية للزعتري ص٥٥٨ وما بعدها، والبطاقات المصرفية للحجي ص٤٢ وما بعدها.

(1) انظر قرارات الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي ١٤٢١هــ ص٣-٤، والبطاقات البنكية لعبد الوهاب أبو سليمان ص١٦٢ وما بعدها، وبطاقات الائتمان لحماد ص١٢ وبطاقة الائتمان للضرير ص١٧، والخدمات المصرفية للزعتري ص٥٨٦، وبطاقة الائتمان لبكر أبو زيد ص٦١-٦٢-٦٧ ومابعدها، وبطاقة الائتمان لأبي غدة ص٢٥، وما بعدها، والشروط الجعلية في القرض للعبودي ص١٦٧.

(2) انظر ص٢٠٨-٢٠٩ .

(3) المرابحة لغة: من الربح وهو الزيادة والنماء في التجارة. يقال: بعت الشيء مرابحة أي بزيادة على رأس المال. انظر لسان العرب لابن منظور ٤٤٢/٢-٤٤٣.

وقيل هو: (عقد بني الثمن فيه على ثمن المبيع الأول مع زيادة ربح معلوم)[٢].

وذلك كقول البائع: بعتك بما اشتريت وربح درهم[٣].

ثانياً: صورة بيع المرابحة المعاصرة:

من المعاملات التي كثر التعامل بها في هذا العصر وخاصة من قبل البنوك ما يسمى بالمرابحة للآمر بالشراء،[٤] أو للواعد بالشراء[٥] أو بيع المواعدة[٦]، أو المرابحة المصرفية[٧]، أو المرابحة[٨]، أو المرابحة المركبة[٩]. وحقيقته أنه عقد مركب من وعد وبيع. حيث يطلب أحد الأشخاص من شخص آخر (المصرف ــ التاجر) أن يشتري له سلعة معينة ويعده أنه في حالة شرائها سيشتريها منه بربح معين يختلف باختلاف المصرف واختلاف الأجل[١٠].

---

(1) المغني لابن قدامة ٢٦٦/٦، وانظر المبسوط للسرخسي ٨٢/١٣، وتحفة الفقهاء للسمرقندي ١٣٢-١٣٣، والتعريفات للجرجاني ص٢١٠، وحاشية الدسوقي ١٥٩/٣، والقوانين الفقهية لابن جزي ص٢٦١، والتنبيه للشيرازي ص٩٥، ومغني المحتاج للشربيني ٧٧/٢.

(2) مبدأ الرضا في العقود للقره داغي ٦٤٨/١.

(3) انظر مغني المحتاج للشربيني ٧٧/٢.

(4) انظر بيع المرابحة للآمر بالشراء للقرضاوي، وبيع المرابحة للآمر بالشراء لحسام عفانة.

(5) انظر الخدمات المصرفية للزعتري ص٩٥.

(6) انظر المرابحة للآمر بالشراء لبكر أبو زيد مجلة مجمع الفقه العدد ٥ ج٢، ص٩٦٧.

(7) انظر إنشاء الالتزام في حقوق العباد للغزالي ص٩٢.

(8) وعلى هذه التسمية الكثير من إعلانات البنوك.

(9) انظر الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية لمحمود إرشيد ص٧٥.

(10) الغالب أن بيع المرابحة المصرفية يكون مؤجلاً لعدم قدرة العميل على الشراء النقدي. انظر في بيع المرابحة المعاصرة بيع المرابحة للآمر بالشراء لعفانة ص٢٧ وما بعدها، وبيع المرابحة للآمر بالشراء للقرضاوي ص٢٧ وما بعدها، والخدمات المصرفية للزعتري ص٩٤ وما بعدها، والشامل لإرشيد ص٧٥ وما بعدها، وصيغ التمويل بالمرابحة للربيعة ص٦٣٧ وما بعدها، وبيع المرابحة لمحمد الأشقر ــ ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ص٧١، وما بعدها، والمعاملات المالية المعاصرة

ثالثاً: قرار مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم: ٤٠-٤١ (٥/٢ و ٥/٣) بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء في الدورة الخامسة ١٤٠٩هـ. حيث قرر ما يلي:

١- أن بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعاً هو بيع جائز، طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه.

٢- الوعد ـ وهو الذي يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد ـ يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد. ويتحدد أثر الالتزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

٣- المواعدة ـ وهي التي تصدر من الطرفين ـ تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذٍ أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده[1].

رابعاً: حكم دخول الشرط الجزائي وأثره :

لشبير ص٣٠٨ وما بعدها، وبيع المرابحة للمصري ـ مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد ٥ ص٢ ص١١٣٣، وتطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود ص٤٣٠، وبيع المرابحة لأحمد ملحم ص٧٩.

[1] قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي ص٩١-٩٢.

الشرط الجزائي قد يدرج في عقد البيع الآجل بعد تمام المواعدة. وصورته صورة الشرط الجزائي في بيع التقسيط[1].

وحكمه: محرم وفاسد. وأثره: مفسد لعقد البيع الآجل لأنه عقد دين، والشرط الجزائي يجعله عقد ربا.

المطلب الخامس: الاعتماد المستندي:

أولاً: معنى الاعتماد المستندي[2]

هو من المعاملات المصرفية حيث يلجأ التجار المستوردون للبضائع الأجنبية إليه لضمان حصولهم على البضائع المطلوبة مطابقة لشروطهم، وكذا يشترطه المورد لضمان حصوله على المال وقطع باب التلاعب والخداع بين المورد والمستورد ويمكن أن يعرف بأنه: (اتفاق بين المصرف ـ البنك ـ وعميله (المستورد) يتعهد بموجبه المصرف بنفسه، أو من خلال مصرف آخر في بلد المورد بدفع قيمة البضائع للمورد عند التأكد من شحنها طبقاً للمواصفات المتفق عليها من خلال المستندات التي قدمها المستورد)[3].

---

[1] انظر ص٢٩٥ .

[2] الاعتماد: من اعتمد على الشيء: توكأ. واعتمدت على كذا أي اتكلت عليه، واعتمد الرئيس الأمر وافق عليه وأمر بإنفاذه انظر لسان العرب لابن منظور ٣٠٣/٣، والمعجم الوسيط ٦٣٢/٢، والمستند: من السند وهو ما ارتفع من الأرض في قبل الجبل أو الوادي. وسند إلى الشيء سنوداً اعتمد عليه واتكأ انظر لسان العرب لابن منظور ٢٢٠/٣، والمعجم الوسيط ٤٥٦/١.

[3] انظر الأعمال المصرفية والإسلام للهمشري ص١٤٥ وما بعدها، والخدمات المصرفية للزعتري ص٣٦٦ وما بعدها، والشامل لمحمود إرشيد ص١٧١ وما بعدها، والكفالة وتطبيقاتها المعاصرة للسالوس ص١٥٩ وما بعدها، والربا والمعاملات المصرفية للمترك ص٣٩٨ وما بعدها، والربا في المعاملات المصرفية للسعيدي ٣٨٢/١، والاعتمادات المستندية لعلي جمال الدين عوض ص١٩ وما بعدها والاعتماد المستندي لمحمد ديب ص٦٩، والمعاملات المالية المعاصرة لشبير ص٢٨١.

ثانياً: أنواعه:

١- الاعتماد المستندي المغطى بالكامل:

ويكون العميل قد أودع في المصرف قيمة البضائع بالكامل ويكون دور البنك مجرد وكالة بأجر فيأخذ قيمة عمله في المراسلات، والتحويل، والاطلاع على البضائع.

٢- الاعتماد المستندي المغطى جزئياً، أو غير المغطى وهو يشتمل على قرض يدفعه المصرف للعميل وتفرض المصارف غير الإسلامية فوائد ربوية محرمة على هذا القرض[١].

والنوع الثاني هو المقصود هنا لأنه قد يتضمن شروطاً جزائية في حالة تأخر العميل في السداد في الوقت المحدد.

ثالثاً: حكم دخول الشرط الجزائي وأثره:

الشرط الجزائي اللاحق لعقد القرض في الاعتماد المستندي غير المغطى، أو المغطى جزئياً، وصورته: أن يشترط على العميل في حالة تأخره في سداد القرض، أو جزء منه دفع مبلغ من المال كـ ٥٠٠ ريال عن كل يوم تأخير ونحو ذلك محرم وفاسد مفسد لعقد القرض وللاعتماد المستندي لأنه أصبح بالشرط الجزائي عقد ربا.

---

[1] انظر الأعمال المصرفية للهمشري ص١٤٥ وما بعدها، والخدمات المصرفية للزعتري ص٣٦٦ وما بعدها، والشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية لمحمود إرشيد ص١٧١ وما بعدها، والكفالة للسالوس ص١٥٩ وما بعدها، والربا والمعاملات المصرفية للمترك ص٣٩٨ وما بعدها، والربا في المعاملات المصرفية للسعيدي ٣٨٢/١، والاعتمادات المستندية لعلي جمال الدين عوض ص١٩ وما بعدها، والاعتماد المستندي لمحمد ديب ص٦٩، والمعاملات المالية المعاصرة لشبير ص٢٨١، ودراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة للشنقيطي ٢٨١/١، والتزام المشتري بفتح الاعتماد المستندي لمحمد إسماعيل ص٩ وما بعدها، وتطوير الأعمال المصرفية لحمود ص٣٠٣.

المبحث الثاني: الشرط الجزائي في عقود الإجارة والاستصناع

المطلب الأول: عقود الإجارة:

أولاً: معنى الإجارة لغة واصطلاحاً:

الإجارة: لغة: بكسر الهمزة، ويجوز فتحها وضمها والكسر أفصح وأشهر، من أجر يأجر وهو ما أعطيت من أجر في عمل.

والأجر: الجزاء على العمل، والثواب، والعوض، والذكر الحسن، والمهـــر[1].

فالإجارة على هذا اسم للأجرة ثم اشتهرت في العقد[2].

والإجارة اصطلاحاً:

عقد غير مؤبد يقتضي تمليك منفعة مباحة معلومة مقصودة بعوض معلوم[3].

---

[1] انظر لسان العرب لابن منظور ١٠/٤ وما بعدها، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص٤٣٦، والصحاح للجوهري ٥٧٦/٢، وتاج العروس للزبيدي ٢٤/١٠، وأساس البلاغة للزمخشري ص٣، والمصباح المنير للفيومي ص٢، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٦٢/١-٦٣.

[2] انظر مغني المحتاج للشربيني ٣٣٢/٢.

[3] انظر المبسوط للسرخسي ٧٤/١٥، والهداية للميرغناني مع فتح القدير لابن الهمام ٥٨/٩، والكتاب للقدوري مع اللباب للغنيمي ٨٨/٢، والفتاوى الهندية ٤٠٩/٤، وتبيين الحقائق للزيلعي ١٠٥/٥، ومجمع الأنهر لبداماد أفندي ٣٦٨/٢، والاختيار للموصلي ٥٠/٢، والبحر الرائق لابن نجيم ٢/٨، وكشف الحقائق للأفغاني ١٥١/٢ وحاشية الدسوقي ٢/٤، والشرح الصغير للدردير ٤٦٦/٣-٤٦٧، والشرح الكبير للدردير ٢/٤، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٨٨/٢، ومواهب الجليل للحطاب ٣٨٩/٥، والتاج والإكليل للعبدري ٣٨٩/٥، وحدود ابن عرفة ٥١٦/٢، ومغني المحتاج للشربيني ٣٣٢/٢، ونهاية المحتاج للرملي ٢٦١/٥، وروضة الطالبين للنووي ١٧٣/٥ والإقناع للشربيني ٧٠/٢، وفتح الوهاب لزكريا الأنصاري ٢٤٦/١، وفتح الجواد للهيتمي ٥٨٥/١، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٥٣١/٣، والإنصاف للمرداوي ٢٥٩/١٤، وكشاف القناع للبهوتي ٥٤٦/٣، والكافي لابن قدامة ٣٧٩/٣، والروض المربع للبهوتي مع حاشيته لابن قاسم ٢٩٣/٥، ومنتهى الإرادات لابن النجار مع حاشية النجدي٦٤/٣، والإقناع للحجاوي ٤٨٧/٢، ومنار السبيل لابن ضويان ٤١٣/١، والعمدة لابن قدامة مع شرحه العدة للمقدسي ص٢٦٥، وآثار عقد الإجارة للمشعل ص٢٠، وما بعدها والإجارة الطويلة والمنتهية بالتمليك للخميس ص١٢، وما بعدها، وعقد الإجارة من الباطن لفهد المطيري ص٢ وما بعدها وعقد الإجارة للرسيني ــ مجلة جامعة الإمام العدد ٣٣، ١٤٢٢هــ ص٢٧٣ وما بعدها.

ثانياً: أنواع الإجارة:

تتقسم الإجارة إلى نوعين[1]:

١- الأول: إجارة عين: وهي ما أضيف العقد فيها إلى عين تستوفى المنفعة منها كالدار، والأرض، والدابة، والدكان، والسيارة، والطائرة، والسفينة وغير ذلك من الأعيان المنتفع بها.

والعين المستأجرة إما أن تكون معينة كإجارة هذه السيارة المشاهدة، أو موصوفة في الذمة كإجارة سيارة صفتها كذا.

والمنفعة المستفادة من العين إما أن تقدر بمدة معينة معلومة كأجرتك هذه الدار شهراً مثلاً، أو تكون مقدرة باستيفاء المنفعة المعينة كإجارة سيارة لنقل بضاعة إلى موضع معين.

٢- الثاني: إجارة عمل وهي ما أضيف العقد فيها إلى عمل يثبت في ذمة الأجير للمستأجر، ولا يكون الأجير هنا إلا آدمياً، لأنها متعلقة بالذمة ولا ذمة لغير الآدمي والإجارة في هذا النوع:

أ- إما أن تكون مقدرة بزمن معين كالاستئجار للخدمة سنة مثلاً. ويسمى الأجير هنا بالأجير الخاص وهو من قدر نفعه بالزمن كالخادم والحارس ونحوهم ويكون المستأجر مستحقاً لمنافع الأجير في الجملة فإن استوفاها وإلا تلفت عليه.

ب- وإما أن تكون مقدرة بعمل معين كالاستئجار لخياطة ثوب، أو إصلاح سيارة ويسمى الأجير هنا بالأجير المشترك وهو من قدر نفعه بالعمل.

---

[1] هذا باعتبار ما وردت عليه وإلا فللإجارة تقسيمات أخرى باعتبارات مختلفة كتقسيمها باعتبار التنجيز وعدمه إلى إجارة منجزة ومضافة، وباعتبار تحديد المدة وعدمه إلى محددة وغير محددة كما لو أجره داره كل سنة بألف دون تحديد نهاية المدة فتبتدئ المدة من العقد وإذا دخل في السنة التالية لزمته، وباعتبار الطول والقصر إلى طويلة وقصيرة. انظر الإجارة الطويلة للخميس ص٣٨ وما بعدها.

ولـــه أن يتقبل أعمالاً أخرى من الآخـــرين ومـــن أمثلتـــه: الخيـــاط، وأصحاب ورش صيانة السيارات ونحوهم[1].

ثالثاً: الأسماء المستحدثة لعقود الإجارة:

استحدث في هذا العصر أسماء لبعض أنواع الإجارة حتى أصبحت أعلاماً على هذه الأنواع بدلاً من لفظ الإجارة مثل: عقد العمل[2] والنقل وغير ذلك[3].
فاقتصر اسم الإجارة على بعض أنواعها[4] وأشهر ما يطلق عليه عقد الإجارة في الوقت الراهن إجارة العقارات المختلفة[5].

---

(1) انظر الهداية للميرغناني ومعه البناية للعيني ٢٧٩/٩، الفتاوى الهندية ٤١١/٤، وبدائع الصنائع للكاساني ١٧٤/٤، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٩٣/٢-١٠٩٤، وحاشية الدسوقي ٥/٤، والمقدمات لابن رشد ٤٣٨/١-٤٣٩، وروضة الطالبين للنووي ١٧٣/٥، ومغني المحتاج للشربيني ٣٣٣/٢، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٦٠/٢، وكشاف القناع للبهوتي ٥٦٠/٣-٥٦١، والمغني لابن قدامة ١١/٨، والإجارة الطويلة للخميس ص٣٦ وما بعدها وآثار عقد الإجارة للمشعل ص٤٩ وما بعدها.

(2) هو: عقد مبرم بين صاحب عمل وعامل يتعهد الأخير بموجبه أن يعمل تحت إدارة صاحب العمل، أو إشرافه مقابل أجر. ويتضمن شروط العمل المتفق عليها بينهما وذلك لمدة محددة، أو غير محددة، أو من أجل القيام بعمل معين) نظام العمل السعودي المادة السبعون، وانظر سلطة رب العمل في تعديل عقد العمل للفارس ص٤.

(3) والمراد في هذا المطلب عقود الإجارة الخالصة لا العقود التي قد يختلط بالإجارة غيرها مثل: عقد التوريد والمقاولات والصيانة فهذه سأفرد لها مبحثاً خاصاً.

(4) من العقود المعاصرة التي عرفت باسم الإجارة عقد إيجار الخزائن الحديدية وهو مما اختصت به المصارف في العصور المتأخرة وعرف بأنه: عقد يملك بمقتضاه شخص من مصرف منفعة صندوق آمن معين، أو موصوف في الذمة بعوض معلوم مدة معلومة مع التزام المصرف بحراسته. عقد إيجار الخزائن الحديدية للفرج ص٣٩، وانظر أعمال البنوك لمنير وممدوح الجنبيهي ص٦١، وشرح قانون التجارة لمحيي الدين علم الدين ص٦٣٦، والعقود وعمليات البنوك للبارودي ص٢٦٥، والقانون التجاري لرضا عبيد ص٧٣٥.

(5) فصل القانون المدني الجديد إجارة أرباب الصنائع وإجارة الأعمال عن عقد إجارة الأشخاص، فأصبحت إجارة أرباب الصنائع، والإجارة على الأعمال تعرف بالمقاولة. أما إجارة الأشخاص لخدمة معينة فتعرف بعقد العمل، وإجارة الأشياء تسمى بالإيجار وعلل ذلك بأنه تمشياً مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي حدثت ووجود حاجيات جديدة لم تكن موجودة سابقاً. انظر عقد الاستصناع للصالح ص١٠٧، والوسيط للسنهوري ٦/٧-٧، وشرح أحكام عقد المقاولة لمحمد لبيب شنب ص١١.

رابعاً: حكم دخول الشرط الجزائي على الإجارة[1] وأثره:

ومثاله: كما لو اشترط المؤجر على مستأجر العين كالدار، أو الأرض مثلاً أنه في حالة تأخره في الخروج عن الوقت المحدد فإنه يدفع تعويضاً عن هذا الإخلال قدره كذا من المال عن كل يوم تأخير زائداً عن أجرة منفعة العين. أما أجرة المنفعة فليست محل البحث هنا.

وكذا ما لو اشترط رب العمل على العامل أنه إن لم ينفذ العمل في الوقت المحدد فسيخصم عليه مبلغ كذا عن كل يوم تأخير[2].

وحكمه: ذهب جمهور العلماء المعاصرين إلى صحته ولزوم الوفاء به، والراجح عندي ــ والله أعلم ــ أنه فاسد غير مفسد للعقد[3].

ملحوظة: إذا اشترط مؤجر العين على المستأجر دفع مبلغ من المال كشرط جزائي عند التأخر عن سداد الأجرة في الوقت المحدد فهذا ربا صريح يفسد معه العقد وقد سبق الحديث عن حكم دخول الشرط الجزائي على الديون في المبحث الماضي وهذا منها.

المطلب الثاني: عقد الإجارة المنتهية بالتمليك[4]:

---

(1) يقاس على إجارة العمل ما يشبهها كعقد استقدام الأيدي العاملة ــ وكالة بأجر ــ الذي يتضمن غالباً شرطاً جزائياً بأن يدفع صاحب المكتب عن كل يوم تأخير مبلغاً معيناً.

(2) تنبيه: ليس الحديث عن التعويض عن الضرر الحقيقي بعد وقوع الضرر فهذا ليس محل الخلاف هنا وإنما محل الخلاف هو اشتراط تعويض معين قبل وقوع الضرر والإلزام به.

(3) انظر في الخلاف ص٢١٥ وما بعدها.

(4) التمليك من ملك يملك تمليكاً فهو مملك، أي جعله مالكاً للمال. انظر لسان العرب لابن منظور ٤٩٢/١، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٢٣٢، والمعجم الوسيط ٨٨٦/٢، والتمليك عند الفقهاء لا يختلف عن معناه اللغوي. وهو أربعة أنواع: ١- تمليك العين بالعوض وهو البيع. ٢- وتمليك العين بلا عوض وهو الهبة. ٣- وتمليك المنفعة بالعوض وهو الإجارة. ٤- وتمليك المنفعة بلا عوض وهو العارية. انظر الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٤/١٤، ومعجم المصطلحات الاقتصادية لنزيه حماد ص١٢٦، والإجارة الطويلة للخميس ص٣٠٩.

أولاً: معنى الإجارة المنتهية بالتمليك والفرق بينها وبين الإجارة المعروفة في الفقه:

عرفت بأنها: عقد على تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم مدة معلومة يتبعه تمليك العين[1].

والإجارة المنتهية بالتمليك تتميز عن الإجارة المعروفة عند الفقهاء في أمور منها:

١- من حيث ما يرد عليه كل من العقدين، فإن الإجارة أعم، لكونها ترد على الأعمال وترد على الأعيان، والإجارة المنتهية بالتمليك أخص، فهي لا ترد إلا على الأعيان.

٢- من حيث ذات العقد، فإن الإجارة جزء من العقد المركب في الإجارة المنتهية بالتمليك، ولذلك فإن كل إجارة منتهية بالتمليك لابد أن تأخذ أحكام الإجارة في المدة المحددة لدفع الأقساط، ثم تنتقل بعد ذلك إلى مرحلة التمليك أما الإجارة التي لا تنتهي بالتمليك (التشغيلية)[2] فتمثل كامل العقد لا جزءه.

---

[1] انظر الإجارة الطويلة والمنتهية بالتمليك للخميس ص٣١١، والإيجار المنتهي بالتمليك للشاذلي ــ مجلة مجمع الفقه ــ العدد الخامس ج٤ ص٢٦٢١، والإجارة وتطبيقاتها المعاصرة للقره داغي ص٣٨، والمعاملات المالية المعاصرة لشبير ص٣٢٧، والتأجير المنتهي بالتمليك للدخيل ص١٩.

[2] هذا اسم مستحدث في المصارف لإجارة الأعيان التي لا يراد تمليكها للعميل كالمعدات والسيارات وغيرها وهي تقابل الإجارة التمليكية التي يقصد منها تمليك العميل العين بعد دفع كامل الأقساط. انظر الشامل لمحمود إرشيد ص٦٦، والإجارة المنتهية بالتمليك لشوقي دنيا ص١٠-١١.

٣- من حيث التقسيم، فإن الإجارة المنتهية بالتمليك (الإجارة التمليكية) هي أحد قسمي الإجارة الواردة على الأعيان. والقسم الثاني هو الإجارة التـــشغيلية وهذا تقسيم متأخر، لأن الإجارة التمليكية لم تكن معروفة عند الفقهاء[١]

ثانياً: حكم الإجارة المنتهية بالتمليك[٢]:

صدر قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقـــم: ١٩٨ وتاريخ ١٤٢٠/١١/٦هـــ بالأكثرية بتحريم عقد الإجارة المنتهية بالتمليك. ومما علل به الحكم: أنه جامع بين عقدين على عين واحدة غير مستقر على أحدهما وهما مختلفان في الحكم متنافيان فيه[٣].

ثم صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإســـلامي فـــي دورته الثانية عشرة ١٤٢١هـــ برقم: ١١٠ (١٢/٤) مفصلاً في الحكم واضعاً ضوابط الممنوع والجائز من صور الإجارة المنتهية بالتمليك المختلفة ومما جاء في القرار ما يلي:

أولاً: ضابط الصور الجائزة والممنوعة ــ من الإجارة المنتهية بالتمليك ــ ما يلي:

أ- ضابط المنع: أن يرد عقدان مختلفان[٤]، في وقت واحد، على عين واحدة، في زمن واحد.

---

[١] الإجارة الطويلة للخميس ص٣٣٠-٣٣١، وأدوات الاستثمار لعز الدين خوجة ص٦٠، والأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية لعبد الستار أبو غدة ص٤٩-٥٠ والإجارة المنتهية بالتمليك لشوقي دنيا ص١٠-١١.

[٢] انظر في حكم الإجارة المنتهية بالتمليك في صورها المختلفة الإجارة الطويلة للخميس ص٣١٥، وما بعدها، والإجارة المنتهية بالتمليك للحافي ص٦٦ وما بعدها، وعقد الإجارة المنتهي بالتمليك للشثري ص١٤، والإجارة وتطبيقاتها المعاصرة للقره داغي ص٣٨ وما بعدها، والإيجار المنتهى بالتمليك للسلامي ص٨ وما بعدها، والإجارة المنتهية بالتمليك لقحف ص٤ وما بعدها، والإيجار المنتهي بالتمليك للألفي ص٧ وما بعدها.

[٣] انظر نص القرار في الإجارة المنتهية بالتمليك للحافي ص٢٧٣-٢٧٤.

[٤] المراد عقد البيع والإجارة.

ب- ضابط الجواز:

١- وجود عقدين منفصلين يستقل كل منهما عن الآخر، زماناً بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتمليك في نهاية مدة الإجارة. والخيار يوازي الوعد في الأحكام.

٢- أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع.

ج- أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من ضرر غير ناشئ من تعد المستأجر، أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة.

د- إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة فيجب أن يكون التأمين تعاونياً إسلامياً لا تجارياً ويتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر.

هـ- يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة وأحكام البيع عند تملك العين.

و- تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر لا على المستأجر طوال مدة الإجارة[١].

ثالثاً: حكم دخول الشرط الجزائي وأثره:

ومثاله: أن يشترط المصرف المؤجر على مستأجر السيارة أنه في حالة عدم سداد قسطين، أو ثلاثة فإنه يتحمل شرطاً جزائياً مقداره كذا يزاد على الأجرة المتأخرة وحكمه: فاسد. وأثره: مفسد للعقد، لأنه ربا فالشرط الجزائي هنا داخل على دين.

---

(1) انظر قرارات الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي ١٤٢١هـ ص٧-٨.

المطلب الثالث: عقود الاستصناع:

أولاً: معنى الاستصناع:

الاستصناع في اللغة: مصدر استصنع بمعنى طلب الصنعة

يقال: استصنع الشيء أي دعا إلى صنعه. والصناعة: حرفة الصانع، والصناعة ما تستصنع من أمر يقال: اصطنع فلان خاتماً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً[١].

والاستصناع اصطلاحاً: عرف بتعريفات كثيرة منها:

١- عقد على عمل مخصوص في عين مخصوصة[٢].

٢- وقيل هو: عقد وارد على العمل والعين في الذمة[٣]. وبهذا يتضح أنه عقد مستقل محله العمل والعين وهو يفترق عن الإجارة التي محلها العمل، وعن السلم الذي محله العين الموصوفة في الذمة، وعن البيع بالمعنى الخاص الذي محله العين. أما البيع بالمعنى العام فهو يشمل الجميع[٤].

وقد جاء في تصوير الاستصناع ما يلي: (أما صورة الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانع من خفاف، أو صفار، أو غيرهما اعمل لي خفاً، أو آنية من أديم، أو من نحاس من عندك بثمن كذا ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته فيقول الصانع نعم)[٥] وهذه أمثلة للاستصناع قديماً أما الآن فقد اتسعت دائرة الاستصناع بحيث شملت كل الصناعات الخفيفة، والثقيلة، والمتوسطة، والبرية كالمعدات، والبحرية كالسفن والجوية كالطائرات بل والفضائية كالأقمار الصناعية ونحوها.

---

(1) انظر لسان العرب لابن منظور ٢٠٩/٨، والصحاح للجوهري ١٢٤٥/٣، ومختار الصحاح للرازي ص١٧٩، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣١٣/٣.

(2) انظر حاشية ابن عابدين ٢١٢/٤، وبدائع الصنائع للكاساني ٢/٥.

(3) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص١٤٤، ومجلة مجمع الفقه العدد السابع ج٢ ص٢٢٣.

(4) انظر بحوث في فقه المعاملات للقره داغي ص١٣٦، وعقد الاستصناع للصالح ص٨٧ وما بعدها، وأحكام الصناعة لمحمد المدخلي ص١٠١-١٠٢.

(5) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٥ وانظر: المبسوط للسرخسي ٨٤/١٥-٨٥ .

ثانياً: حكم دخول الشرط الجزائي وأثره:

١- الشرط الجزائي على المستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه فاسد مفسد للعقد، لأن الالتزام دين والشرط الجزائي في الديون ربا صريح[١].

٢- الشرط الجزائي على الصانع إذا لم ينفذ أو تأخر فجمهور العلماء المعاصرين على صحته، والراجح عندي ــ والله أعلم ــ أنه فاسد غير مفسد للعقد[٢].

---

[1] انظر ص٢٠٨ وقرارات الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي ١٤٢١هـ ص٦.

[2] انظر الخلاف والأدلة والترجيح ص٢١٥ وما بعدها .

المبحث الثالث: الشرط الجزائي في العقود المستحدثة المختلطة[1]

المطلب الأول: عقود المقاولات:

أولاً: معنى عقود المقاولات:

المقاولات لغة: جمع مقاولة، والمقاولة: مفاعلة من القول وتطلق في اللغة على معنيين:

١- المجادلة: يقال: قاوله في الأمر: أي جادله.

٢- المفاوضة: يقال: قاولته في أمره وتقاولنا: أي تفاوضنا[٢].

وعقد المقاولة اصطلاحاً:

هو: عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر[٣].

ثانياً: تكييف عقد المقاولة وحكمه:

من خلال النظر في التعريف يتضح أنه قد يكون إجارة الأجير المشترك ــ الإجارة على العمل ــ إذا تعاقد رب العمل والمقاول على أن يقدم المقاول العمل فقط بينما يقوم رب العمل بتوفير الأدوات كإنشاء مبنى مثلاً إذا كانت الأدوات والمواد من رب العمل والمقاول عليه الإنشاء فقط أي المنفعة (العمل)

---

[1] والمراد بها العقود التي تجتمع فيها أكثر من كيفية وتختلف باختلاف صورة العقد.

[2] انظر الصحاح للجوهري ١٨٠٧/٥، ومختار الصحاح للرازي ص٥٥٦، والمصباح المنير للفيومي ٥٢٠/٢، ولسان العرب لابن منظور ٥٧٧/١١، والمعجم الوسيط ٧٦١٧/٢.

[3] انظر قرارات الدورة الرابعة عشرة ١٤٢٣هـ لمجمع الفقه لمنظمة المؤتمر الإسلامي ص٦، والوسيط للسنهوري ٥/٧، وأحكام عقد المقاولة لفتيحة قرة ص١٧، والتعليق على نصوص القانون المدني المعدل لأنور العمروسي ٣/٣، وعقد المقاولة لأحمد العناني ص٢٨.

ويكون التعاقد بينهما على إنجاز عمل معين موصوف في الذمة دون أن يكون لرب العمل أحقية امتلاك نفع المقاول في جميع مدة العقد[١].

وقد يكون استصناعاً إذا كان التعاقد على صنع شـــيء معــين والمـــواد والعمل من المقاول جاء في مجلة الأحكام العدلية المادة: (٣٨٨) ما نصه: أنه لو تقاول مع صاحب العمل على أن يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشاً، وتبين الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة، وقبل صاحب المعمــل انعقــد الاستصناع).

بل قد يشتمل عقد المقاولة على وكالة إذا وكل رب العمل المقاول علـــى شراء المواد وهو الذي يدفع قيمتها[٢].

ومع عموم تعريف المقاولة[٣]، إلا أن الغالب في إطلاقها فـــي الوقـــت الحاضر هو على إنشاء المباني والمنشآت العمرانية بأنواعها المختلفة بحيث إذا أطلق عقد المقاولة انصرف الذهن مباشرة إلى مقاولات المنـــشآت العمرانيـــة والمباني[٤]. وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإســـلامي فـــي دورته الرابعة عشرة ١٤٢٣هـــ في القرار رقم: ١٢٩ (١٤/٣) جوازه حيـــث جاء في القرار ما يلي: وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة وهـــو

---

(1) انظر عقد المقاولة للعايد ص١٢٣، والوسيط للسنهوري ٣١/٧، وشرح أحكام عقد المقاولة لمحمد لبيب شنب ص٢٢، وأحكام عقد المقاولة لفتيحة قرة ص٧٨.

(2) انظر عقد المقاولة للعايد ص١١٣، وما بعدها.

(3) انظر دليل المقاول للمشروعات الحكومية ــ الغرفة التجارية في الرياض ــ السعودية ١٤١٦هــ ص٢٩٩-٢٠٠، ودليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية الغرفة التجارية الرياض ــ ١٤١٧هــ ص١١٠-١١١، وعقد المقاولة للعايد ص١٠٧-١٠٨.

(4) انظر عقد المقاولة للعايد ص١٠٧.

المسمى عند الفقهاء بالاستصناع أو قدم المقاول العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل[1].

ثالثاً: حكم دخول الشرط الجزائي وأثره:

١- الشرط الجزائي على المقاول له ــ رب العمل ــ

وذلك كاشتراط المقاول على رب العمل أنه في حالة تأخره في سداد مستحقاته في وقتها فإن عليه شرطاً جزائياً مقداره كذا من النقود عن كل يوم تأخير.

فهذا شرط فاسد مفسد للعقد لأنه جعل العقد عقد ربا صريح ــ إما أن تقضي وإما أن تربي ــ وهو من باب الشرط الجزائي في الديون.

٢- الشرط الجزائي على المقاول ــ العامل ــ

وذلك كاشتراط رب العمل على المقاول أنه في حالة تأخره في تسليم المبنى ــ مثلاً ــ في الوقت المحدد فإن عليه شرطاً جزائياً مقداره كذا عن كل يوم تأخير، فجمهور العلماء المعاصرين على صحته والإلزام به، والراجح عندي ــ والله أعلم ــ أنه فاسد غير مفسد للعقد[2].

---

[1] انظر قرارات الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي ص٦.

[2] انظر ص٢١٥ وما بعدها.

المطلب الثاني: عقود التوريد:

أولاً: معنى عقود التوريد:

التوريد لغة: مصدر ورد يورد. يقال: ورَدَ فـلان وروداً إذا حـضر، وأورده غيره واستورده أي أحضره[١].

واصطلاحاً هو:

عقد على عين موصوفة في الذمة بثمن معلوم[٢].

ووصف بأنه: اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يسلم إلى الآخر سلعاً موصوفة مؤجلة دفعة واحدة أو على دفعات مقابل ثمن معين مؤجل كله أو بعضه، أو معجل، أو مقسط[٣].

ثانياً: تكييفه وحكمه:

عقد التوريد من العقود المستحدثة وهو من قبيل بيوع الصفات لا بيوع الأعيان حيث إن الوصف غالباً، أو العيّنة، أو الأنموذج، أو الرؤية السابقة هي وسيلة التعريف بالمبيع لا الرؤية والمشاهدة الآنية[٤].

وهو لا يخلو من إحدى الحالات التالية:

١- أن يكون محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة كالحقائب والأحذية والأواني ونحو ذلك فالعقد استصناع ولا فرق.

---

[1] انظر لسان العرب لابن منظور ٤٥٧/٣، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص٤١٥.

[2] انظر عقد التوريد لعبد الوهاب أبو سليمان ص٩، وعقد التوريد للمطلق ص٢٥.

[3] انظر قرارات الدورة الثانية عشرة للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي ١٤٢١هـ ص١، وعقود التوريد لرفيق المصري ص٤، والبيع على الصفة للعياشي فداد ص١٢٣.

[4] عقد التوريد لعبد الوهاب أبو سليمان ص٨، وانظر البيع على الصفة للعياشي فداد ص١٢٢ وما بعدها.

٢- أما إن كان محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة كالمواشي والحبوب والفواكه والأخشاب ونحو ذلك وهي موصوفة في الذمة يلتزم بتسليمها عند الأجل فلا يخلو الأمر من حالين:

أ- أن يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فهذا عقد سلم ولا فرق.

ب- إن لم يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد فلا يخلو من صورتين:

أن يكون الوعد فيه ملزماً فذهب المجمع الفقهي في قراره رقم: (٤٠-٤١) إلى عدم جوازه، لأن المواعدة الملزمة تشبه العقد نفسه فيكون البيع هنا من بيع الكالئ بالكالئ[١].

وذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى جواز هذه الصورة، لأن الدينين منشآن وليسا مستقرين في الذمة أولاً قبل الاتفاق والتعاقد حتى يصدق عليه اسم الدين بالدين[٢].

أما إذا كانت المواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين أو لكليهما فتكون جائزة على أن يتم البيع بعقد جديد، أو بالتسليم[٣].

ثالثاً: حكم دخول الشرط الجزائي وأثره:

١- الشرط الجزائي على المستورد:

وذلك مثل أن يشترط مورد السلع (البائع) على المستورد (المشتري) أنه في حالة تأخره في سداد قسطين ـ مثلاً ـ من قيمة السلع في أوقاتها المحددة

---

(1) انظر قرارات وتوصيات مجمع الفقه لمنظمة المؤتمر الإسلامي ص٩١-٩٢، وقرارات الدورة الثانية عشرة ١٤٢١هـ لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي ص١-٢ ، وبيع الكالئ بالكالئ أي: النسيئة بالنسيئة انظر النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ١٩٤/٤.

(2) انظر البيع على الصفة للعياشي فداد ص١٢٥، وعقد التوريد لعبد الوهاب أبو سليمان ص٤٨، وعقد التوريد للمطلق ص٦٧، وعقد التوريد للمصري ص٨ وما بعدها وص١٧-١٨-٣١، والغرر وأثره في العقود للضرير ص٣١٦-٣٢٠.

(3) قرارات الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي ١٤٢١هـ ص٢

فإن عليه شرطاً جزائياً قدره كذا. فهذا من باب الشرط الجزائي في الديون فهو فاسد مفسد للعقد لأنه ربا صريح[١].

٢- الشرط الجزائي على المورد:

كما لو اشترط المستورد على مورد البضاعة أنه في حالة تـأخره في تسليم البضاعة في وقتها المحدد فإن عليه شرطاً جزائياً عن كل يوم تـأخير، فجمهور العلماء المعاصرين على صحته والإلزام به، والراجح عندي ــ والله أعلم ــ أنه فاسد، ويلغو ويصح العقد[٢].

وأنبه هنا إلى أن محل عقد التوريد إذا كان سلعة لا تتطلب صناعة كالحبوب والمواشي ونحوها، وهي موصوفة في الذمة وقد التزم المورد بتسليمها عند الأجل، وعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد فإن الشرط الجزائي على المورد في هذه الحالة فاسد مفسد للعقد، لأنه عقد سلم فيصبح بالشرط الجزائي عقد ربا.

وقد فصل الشيخ عبد الله المطلق في حكم الشرط الجزائي في عقد التوريد فذكر أن التعويض في الشرط الجزائي إن كان أكبر من الضرر فهو فاسد ولا يعمل به ويرجع في تقديره للقضاء الشرعي لأنه، تهديد مالي، ويخالف مقتضى قاعدة: الضرر لا يزال بالضرر، وكذا يخالف حديث (لا ضرر ولا ضرار)[٣]، وإن كان التعويض في الشرط الجزائي أقل من الضرر المتوقع فإنه لا يبرئ المشترط عليه من باقي التعويض، أما إن كان التعويض مساوياً للضرر فهو صحيح[٤]. وهذا القول من الشيخ عبد الله يؤكد القول بفساد الشرط الجزائي في غير الديون، لأنه لا يمكن معرفة عدالته من عدمها قبل وقوع الضرر ثم إذا رجع للقضاء فقد الشرط الجزائي فائدته.

---

[1] انظر قرارات الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي ١٤٢١هـ ص٦.

[2] انظر في الأقوال والأدلة والترجيح ص٢١٥ وما بعدها.

[3] سبق تخريجه انظر ص١٧٩-١٨٠.

[4] انظر عقد التوريد للمطلق ص٦١-٦٢-٦٣.

المطلب الثالث: عقود الصيانة:

أولاً: معنى عقود الصيانة:

الصيانة لغة: الحفظ وهي مصدر صان يصون صوناً وصيانة وصياناً إذا حفظه في صوانه. والصوان: هو الوعاء الذي يحفظ فيه الشيء[١].

وعقد الصيانة اصطلاحاً: هو

عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة، أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم.

وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده، أو بالعمل والمواد[٢].

ثانياً: صورها وتكييفها وحكمها: جاء في قرار المجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم: ٩٤ (١١/٦) بشان عقد الصيانة ما يلي:

عقد الصيانة له صور كثيرة منها ما تبين حكمه وهي:

١- عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل فقط، أو مع تقديم مواد يسيرة لا يعتبر العاقدان لها حساباً في العادة. فهذا العقد يكيف على أنه عقد إجارة على عمل، وهو عقد جائز شرعاً، بشرط أن يكون العمل معلوماً والأجر معلوماً.

---

(1) انظر لسان العرب لابن منظور ٢٥٠/٣، وأساس البلاغة للزمخشري ص٢٦٣، ومختار الصحاح للرازي ص١٨١، والمصباح المنير للفيومي ص١٣٥.

(2) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الحادي عشر ١٤١٩هـ ٢٧٩/٢.

٢- عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن تقديم العمل، ويلتـزم المالك بتقديم المواد. وتكييف هذه الصورة وحكمها كالصورة الأولى.

٣- الصيانة المشروطة في عقد البيع على البائع لمدة معلومة وهذا عقد اجتمع فيه بيع وشرط، وهو جائز سواء أكانت الصيانة من غير تقديم المـواد أم مع تقديمها.

٤- الصيانة المشروطة في عقد الإجارة على المؤجر، أو المستأجر. وهذا عقد اجتمع فيه إجارة وشرط، وحكم هذه الصورة أن الصيانة إذا كانـت مـن النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط، ولا يجوز اشتراطها على المستأجر، أما الـصيانة التـي لا يتوقف عليها استيفاء المنفعة، فيجوز اشتراطها على أي من المـؤجر، أو المستأجر إذا عينت تعييناً نافياً للجهالة. وهناك صور أخرى يرى المجمع إرجاءها لمزيد من البحث والدراسة[١].

ثالثاً: حكم دخول الشرط الجزائي وأثره:

١- الشرط الجزائي على المصون له:

بأن يشترط الصائن على المصون له أنه في حالة تأخره في دفع بعض أقساط أجرته ــ قسطين مثلاً ــ فإن عليه شرطاً جزائياً قدره كذا. فهذا شـرط

---

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الحادي عشر ١٤١٩ ج٢ ص٢٧٩-٢٨٠، وانظر للاستزادة: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للسلامي ص١١ وما بعدها، وعقد الصيانة وتكييفها الشرعي للصديق الضرير ص١٠٥ وما بعدها، وعقود الصيانة وتكييفها الشرعي لمحمد الزرقا وسامي السويلم ص١٨٥ وما بعدها ــ وهي بحوث مقدمة للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الدورة الحادية عشرة ١٤١٩هـ، وعقود الصيانة لأحمد الحجي الكردي مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ــ جامعة الكويت ــ العدد الثلاثون ١٤١٧هـ ص١٧٩ وما بعدها.

فاسد مفسد للعقد، لأن العقد بهذا الشرط ربا صريح كما سبق بيانه عند الحديث عن حكم الشرط الجزائي في الديون[١].

٢- الشرط الجزائي على الصائن:

بأن يشترط المصون له على الصائن أن عليه شرطاً جزائياً قدره كذا إن تأخر في صيانة وإصلاح أجهزة الحاسب الآلي ـــ مثلاً ـــ في أوقاتها المحددة الدورية، فجمهور العلماء المعاصرين على صحته والإلزام به، والراجح عندي ـــ والله أعلم ـــ أنه شرط فاسد يلغو ويصح العقد. فإن وقع ضرر على المصون له من جراء التأخر كان تقدير التعويض بعد وقوع الضرر لا قبله بهذا الشرط[٢].

---

[1] انظر ص٢٠٨ وما بعدها.

[2] انظر في الأدلة والترجيح ص٢١٥ وما بعدها.

المبحث الرابع: الغرامات المالية في العقود الإدارية

المطلب الأول: معنى العقود الإدارية وأنواعها:

أولاً: معنى العقد الإداري[١]:

هو: عقد يبرمه شخص معنوي[٢] عام مع طرف آخر بقصد تنظيم مرفق عام[٣]، أو تسييره مستخدماً في ذلك وسائل القانون العام[٤].

وقيل هو: عقد يرتبط به شخص من أشخاص النظام العام سواء أكان موظفاً مسؤولاً، أو مديراً عاماً ويخضع لنظام قانوني خاص تسوده مقتضيات المرفق العام بموجب الشروط والقوانين الممنوحة لمثل هذه الحالات الارتباطية[٥].

وقيل هو: الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وذلك إما بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، أو بالسماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك في تسيير المرفق العام[٦]. فهو أحد نوعي العقود التي تبرمها الجهات الحكومية إذ تبرم الجهات الحكومية عقوداً عادية لا تختلف عن العقود

---

[1] الإداري نسبة للإدارة وهي: كل جهاز، أو مجموعة من الأجهزة منحتها السلطة السياسية الصلاحيات والوسائل لتحقيق رغبات الشعب وتسيير أموره ومصالحه ضمن إطار القوانين المرعية. انظر المصطلحات الفقهية والقانونية لجرجس ص٣٣.

[2] الشخص المعنوي العام: المراد به الجهات الحكومية انظر القانون الإداري للحلو ص٥٦٣-٥٦٤.

[3] المرفق العام: هو المشروع الذي يهدف إلى تحقيق النفع العام وتحتفظ الحكومة فيه بالكلمة العليا في إنشائه وإدارته وإلغائه. انظر القانون الإداري للحلو ص٣٩٨.

[4] العقود الإدارية للبنا ص١٩، وانظر أحكام الطوارئ للوادعي ١١٠٤/٢، وموسوعة العقود الإدارية لحمدي عكاشة ص٤.

[5] المصطلحات الفقهية والقانونية لجرجس ص٣٣.

[6] النظام الإداري السعودي لجعفر عبد السلام ص٢٠٣، ومبادئ القانون الإداري لزين العابدين بركات ص٥٨٢.

التي يبرمها الأفراد بحيث يكون العاقدان متساويين عند العقد من حيث القـــدرة على إضافة الشروط والرضا بها وتكون أحكام العقد خاضعة للقانون ــ النظام ــ الخاص[١] وهناك العقود التي تبرمها الجهات الحكومية وفـــق القـــانون ــ النظام العام[٢] بحيث تحتوي العقود على شروط استثنائية فتتمتع الإدارة فيهـــا بامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها فالمساواة مفقودة بين الطرفين من حيـــث الشروط والجزاءات وغيرها وهذه هي المسماة بالعقود الإدارية[٣].

ثانياً: شروط العقود الإدارية:

العقود الإدارية لا تختلف في الجملة من حيث الأسماء والطبيعـــة عـــن العقود العادية الخاصة[٤] التي يجريهـــا الأشـــخاص ــ طبيعيـــون كـــانوا أم اعتباريون ــ[٥] فيما بينهم، بل وقد تجريها الجهات الحكومية في بعض الأحيان

---

[1] القانون أو النظام الخاص: هو الذي يحكم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، أو بينهم وبين إحدى جهات الحكومة عندما تتصرف كالأفراد دون استناد إلى ما لها من سلطات. القانون الإداري للحلو ص٧، وانظر العقود الإدارية للبنا ص٥.

[2] القانون أو النظام العام: هو مجموعة القواعد المنظمة للروابط التي تكون الدولة ــ أو إحدى الهيئات العامة الأخرى ــ طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة. العقود الإدارية للبنا ص٥، وانظر القانون الإداري للحلو ص٧. والقانون الإداري الذي ينظم العقود الإدارية هو أحد فروع القانون العام انظر العقود الإدارية للبنا ص٥، والمناط له الحكم بالنظام الإداري في المملكة العربية السعودية هو ديوان المظالم انظر العقود الإدارية للبنا ص١٣-١٤-١٩٩-٢٠٠.

[3] انظر الأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي ص٨٦ وما بعدها، والعقود الإدارية للبنا ص٢١ وما بعدها، والقانون الإداري للحلو ص٥٦٥.

[4] سبق ذكر أمثلة للعقود الخاصة فيما سبق من مباحث.

[5] الشخص الطبيعي هو من يصلح لاكتساب الحقوق والالتزامات من أفراد الناس. انظر المدخل إلى نظرية الالتزام للزرقا ص٢٥٣، ومبادئ القانون لمحمد شنب ص٢٠٨، وأصول القانون لعبد المنعم الصدة ص٣٨٥، وعقد المقاولة للعايد ص٨٠ والشخص الاعتباري أو الحكمي هو: شخص ذو وجود =

ـ كما ذكر سابقاً ـ لتحقيق مصلحة معينة كالرغبة في الحصول على سلعة، أو خدمة بسرعة، أو خشية من أن تكون الشروط الشديدة التي ينطوي عليها القانون العام منفرة للأفراد من أن يتعاقدوا معها فتلجأ إلى العقود العادية[١]. لكن العقود الإدارية لابد أن يتوفر فيها ثلاثة شروط هي التي تميز العقد الإداري عن غيره وهي:

١- أن تكون الإدارة الحكومية طرفاً فيه.

٢- أن يتصل العقد بمرفق عام.

٣- خضوع العقد للقانون ـ النظام ـ الإداري المتفرع من القانون العام والذي يعطي الجهة الحكومية الحق في فرض الشروط وتعديلها، وفرض الجزاءات حتى ولو لم تكتب في العقد اكتفاء بمجرد الإحالة على القانون ـ النظام ـ العام[٢].

= قانوني يتكون من اجتماع أشخاص، أو أموال لتحقيق هدف معين مشترك ومشروع. انظر المدخل إلى نظرية الالتزام للزرقا ص٢٨٣-٢٨٤، والشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي لأحمد عبد الله ص٢٤١-٢٤٢، ومبادئ القانون للوكيل ص٣٣٩، وأصول القانون التجاري لمصطفى طه ص٢٩٣، والوجيز في القانون التجاري لسمير عالية ص١٩٣، والذمة والحق والالتزام للمكاشفي الكباشي ص٣١، والشخصية الاعتبارية قسمان:

١- الشخص الاعتباري العام كالوزارات، والجامعات والمستشفيات الحكومية والمدارس ونحوها.

٢- الشخص الاعتباري الخاص كالشركات والبنوك والمؤسسات والجمعيات انظر المدخل إلى نظرية الالتزام للزرقا ص٢٨٤ وما بعدها.

[1] انظر العقود الإدارية للبنا ص٢١-٢٢.

[2] انظر الأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي ص٦٢ وما بعدها، والقانون الإداري للحلو ص٥٦٣ وما بعدها، والعقود الإدارية للبنا ص١٩ وما بعدها، والنظام الإداري السعودي لجعفر عبد السلام ص٢٠٣-٢٠٤، وأحكام الطوارئ للوادعي ١١٠٤/٢ وما بعدها.

ثالثاً: أنواع العقود الإدارية:

من أبرز العقود الإدارية ما يلي:

١- عقد التزام ــ امتياز ــ المرافق العامة: ويعرف بأنه عقد يبرمه ولي الأمر، أو من ينيبه مع جهة خاصة وفق قواعد العقود العامة بشان مرفق من المرافق العامة من أجل تحقيق مصلحة للأمة[١].

وقيل في تعريفه أيضاً أنه: عقد تمنح بموجبه الدولة، أو من يمثلها الملتزم حق استثمار مرفق عام سواء كان موضوع المرفق العام يتعلق بتقديم خدمات عامة للجمهور مقابل استيفاء رسوم من المنتفعين، أو كان موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية كحقول البترول، أو مناطق صيد السمك بمقابل يتفق عليه[٢].

٢- عقد الأشغال العامة (عقد المقاولة):

وهو: اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص الولاية العامة ــ إدارة حكومية ــ وبين أحد الأفراد، أو الشركات يتعهد بمقتضاه الأخير ببناء، أو ترميم، أو صيانة عقار معين لحساب الشخص العام تحقيقاً للنفع العام نظير ثمن يحدد في العقد[٣].

---

(1) عقد الامتياز لنذير أوهاب ص١٣١.

(2) انظر العقود الإدارية للبنا ص٢٥، والعقد التجاري الدولي (العقود النفطية) لغسان رباح ص١٤٨-١٤٩، وأعمال السلطة الإدارية لمحمد عبد الباسط ص١١٨، والأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي ص١٠٨ وما بعدها، والاشتراط لمصلحة الغير لعباس حسني ص٤٥٨، والقانون الإداري للحلو ص٥٧٢-٥٧٣.

(3) انظر القانون الإداري للحلو ص٥٧٣، والأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي، ص١٢٥، والعقود الإدارية للبنا ص٢٦، والجزاءات في عقود الأشغال العامة للجمل ص١٥، والجزاءات في العقود الإدارية في النظام للعيد ص٢٦، ومناقصات العقود الإدارية للمصري ص٢٧.

٣- عقد التوريد: وهو عقد ينشأ بين شخص معنوي عام من أشخاص الولايـــة العامة وبين فرد أو شركة يتعهد بمقتضاه المتعاقد ــ سواء كان فــرداً، أو شركة ــ بتوفير مواد معينة لازمة لمشروع ذي نفع عام وعلـــى فتـــرات مقابل ثمن محدد في العقد. وذلك كتوريد الأغذية للمدارس والمستشفيات[١].

٤- عقد النقل: عقد بين شخص معنوي من أشخاص الولاية العامـــة ــ إدارة حكومية ــ وبين فرد، أو شركة يتعهد بمقتضاه المتعاقد بتـــوفير معـــدات كالسيارات أو السفن لحمل مواد معينة ومن ثم إيصالها إلى موضع معين[٢].

٥- عقد القرض العام: عقد يلتزم فيه أحد الأشخاص الطبيعيين، أو الاعتباريين كالبنوك ــ مثلاً ــ بتقديم مبلغ معين للدولة يسدد في وقت معين مقابل فائدة سنوية محددة. وقد تكون هذه القروض في بعض الأحيان شبه إجبارية[٣].

٦- عقد إيجار الخدمات (عقد الوظيفة):

وهو عقد يقدم بمقتضاه أحد الأشخاص خدمات للجهة الحكومية مقابل عـــوض يعلن عنه من قبل الجهة الحكومية[٤]. إلى غير ذلك من العقود الإدارية كعقود البيع والشراء والتأجير والاستئجار التي تبرمها الإدارة[٥].

---

(1) انظر أحكام الطوارئ للوادعي ١١٠٨/٢، والأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي ص١٣٥، والعقود الإدارية للبنا ص٢٧، والنظام الإداري السعودي لجعفر عبد السلام ص٢٠٤، والقانون الإداري للحلو ص٥٧٤، وموسوعة العقود الإدارية لحمدي عكاشة ص٤٨٠.

(2) انظر الأسس العامة للطماوي ص١٤٠، والنظام الإداري السعودي لجعفر عبد السلام ص٢٠٤، والقانون الإداري للحلو ص٥٧٤.

(3) انظر الأسس العامة للطماوي ص١٤٩، والعقود الإدارية للبنا ص٢٨، والنظام الإداري السعودي لجعفر عبد السلام ص٢٠٤-٢٠٥، والقانون الإداري للحلو ص٥٧٧-٥٧٨.

(4) انظر العقود الإدارية للبنا ص٢٩، والقانون الإداري للحلو ص٥٧٥.

(5) انظر الأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي ص١٥٢ وما بعدها.

المطلب الثاني: الغرامات المالية في العقود الإدارية وعلاقتها بالشرط الجزائي:

أولاً: معنى الغرامات المالية في العقود الإدارية:

الغرامات لغة: جمع غرامة وهي من غَرم يَغرَم غُرْماً وغَرامة. والغرامة: ما يلزم أداؤه[١].

والغرامات المالية في العقود الإدارية اصطلاحاً هي:

جزاءات مالية تقدر مقدماً في العقد، أو في النظام[٢] وتفرضها الإدارة في حالة إخلال المتعاقد بالتزام معين وخاصة في حالة التأخير في التنفيذ[٣].

ثانياً: أوجه الاتفاق والاختلاف بين الشرط الجزائي والغرامة المالية في العقود الإدارية.

أ- أبرز أوجه الاتفاق ما يلي:

١- أنهما تابعان للالتزام الأصلي.

٢- أنهما يحددان مقدماً في العقد[٤].

ب- وأما أبرز أوجه الاختلاف فهي:

١- أن الهدف الأول من الشرط الجزائي التعويض عن الضرر فطبيعته تعويضية. أما الغرامة فطبيعتها تهديدية عقابية.

٢- أن من شروط استحقاق الشرط الجزائي وقوع الضرر. أما الغرامة فتستحق ولو لم يقع ضرر.

---

(1) انظر لسان العرب لابن منظور ٤٣٦/١٢، والمصباح المنير للفيومي ص١٦٩، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٤٧٠.

(2) يعني أنه لا يلزم النص عليها في العقد، بل يكفي الإحالة على ما نص عليه النظام الإداري.

(3) العقود الإدارية للبنا ص٢٠٣، وانظر الأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي ص٥١٢.

(4) انظر الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون الأردني للدرادكه ص٢٦٤.

٣- أن للقاضي سلطة في تعديل الشرط الجزائي إذا زاد زيادة فاحشة عن مقدار الضرر، أو نقص نقصاناً كبيراً. بينما الغرامة تستحق كما نص عليها العقد أو النظام دون زيادة أو نقصان.

٤- أن من شروط استحقاق الشرط الجزائي إنذار المتعاقد أما الغرامة فلا تحتاج إلى إنذار بل تستحق بمجرد الإخلال[١].

والخلاصة:

أن الغرامة في العقود الإدارية ليست شرطاً جزائياً ويؤكد ذلك أن الجهة الحكومية لها الحق في المطالبة بالتعويض أمام القضاء عند وقوع ضرر عليها من قبل الملتزم، بل ويجوز الجمع بينه وبين الغرامة المالية المستحقة بالنص عليها في العقد أو النظام[٢]. وقد نصوا على أن التعويض بعكس الغرامة لا يحكم به القاضي إلا إذا ثبت الضرر[٣].

كما أن للمتعاقد حق المطالبة بالتعويض أمام القضاء ــ وهو في السعودية ديوان المظالم ــ إذا وقع عليه ضرر بسبب خطأ الجهة الحكومية[٤].

والمستفاد مما أضفته قريباً أن التعويض عن الضرر لا يكون إلا بعد وقوع الضرر وثبوته لا قبله. فكيف أدرك القانونيون هذا في العقود الإدارية

---

(1) انظر تعويض الضرر لأبي الليل ص٤٥٠ وما بعدها، والشرط الجزائي للدرادكه ص٢٦٤-٢٦٥، والعقود الإدارية للبنا ص١٩٨-٢٠٤، والقانون الإداري للحلو ص٥٩١، والوافي لمرقس ١٩٥/٤، والموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية للشايقي ٦٦/٥، والتراث القانوني السعودي لأحمد عبد الخالق ١٣٧/٥، ونظام تأمين مشتريات الحكومة السعودية المادة (٩/أ) ص٤٩، والأسس العامة للطماوي ص٥١٣.

(2) انظر العقود الإدارية للبنا ص٢٠٣، والأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي ص٥١٠، ونظام تأمين مشتريات الحكومة السعودية المادة (٢٩) ص٧٧-٧٨.

(3) انظر الأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي ص٥١٠.

(4) انظر النظام الإداري السعودي لجعفر عبد السلام ص٢١٦، والأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي ص٥٧٢.

وتناسوه في العقود العادية ــ الخاصة ــ هذا يعضد القول بترجيح عدم جــواز الشرط الجزائي في العقود العادية ــ الخاصة ــ لأنه تقدير جزافي للتعــويض قبل وقوع الضرر فهو عرضة للزيادة والنقصان فتركه إلى مــا بعــد وقــوع الضرر هو الواجب بعداً عن الغرر والنزاع. وأشــير إلــى أن كثيــراً مــن المتعاقدين في العقود الخاصة لا يستحلون أخذ الشرط الجزائي كما ذكر لي ذلك أحد قضاة المحكمة الكبرى في الرياض[١].

---

[1] كان ذلك في ١٤٢٤/٥/٢١هــ أثناء زيارتي للمحكمة الكبرى في الرياض لسؤال بعض القضاة عن موضوع البحث.

الخـــاتمة

وتشتمل على:

- أهم النتائج

- التوصيات

الخـــاتمة

أولاً: أهم النتائج:

تم بحمد الله وفضله ومنته هذا البحث وخلاصته وأهم نتائجه أوجزها في النقاط التالية:

١- الشرط الجزائي معاملة مستحدثة في البلاد الإسلامية انتقلت إليهـا مـن القانون الغربي.

٢- وهو ــ في غالب القوانين والأنظمة العربية ــ تعويض اتفاقي جزافي عن الضرر المتوقع مقدر مسبقاً، ويجوز أن يزيد عن مقدار الـضرر زيـادة غير فاحشة.

٣- من أسماء الشرط الجزائي التعويض الاتفاقي، والبند الجزائـي ولا أثـر لاختلاف التسمية.

٤- من أهم فوائد الشرط الجزائي أنه يعطي الثقة والاطمئنان للمشترط فـي تنفيذ العقد، وعدم الإخلال به.

٥- معنى الشرط الجزائي في واقعه مناسب لمعناه المركب من الشرط والجزاء.

٦- الشرط الجزائي شرط تقييدي مقترن بالعقد فهو من أنواع الشروط الجعلية التي يضعها الناس في عقودهم.

٧- التعريف المختار للشرط الجزائي الصحيح ــ عند من قال بـه ــ هـو: (التزام زائد، يتفق بموجبه المتعاقدان على تعيين التعويض الشرعي الذي يستحق عند الإخلال الاختياري المضر بالمشترط).

٨- أن الفقه الإسلامي لم يعرف الشرط الجزائي مطلقاً ولا يعني التشابه في بعض الأوجه مع بعض المسائل أنها شروط جزائية فهي تفتقر للطبيعة الأساسية للشرط الجزائي وهي: التعويض.
٩- أن المذاهب الأربعة على القول بأن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه، وهذا هو الراجح خلافاً للظاهرية الذين ذهبوا إلى أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد التحريم.
١٠- عدم صحة الحكم على الشرط الجزائي استناداً إلى مجرد الأصل في الشروط المقترنة بالعقد بل لابد من فهم طبيعته وكيفيته قبل الحكم عليه.
١١- أن أبرز المعاني التي يتضمنها الشرط الجزائي التعويض، والالتزام، ويأتي بعد ذلك التوثيق.
١٢- لا يصح تكييف الشرط الجزائي على أنه ضمان، أو كفالة، أو رهن، أو عربون، أو عقوبة رغم أوجه الشبه بينه وبين هذه الأمور للفروق الكبيرة التي تمنع تكييفه بأي منها.
١٣- الشرط الجزائي معاملة مستحدثة لا مثيل لها في الفقه الإسلامي. فالتعويض عن الضرر بالشرط الجزائي تعويض جديد غير معروف في الفقه الإسلامي.
١٤- أساس التعويض في الفقه الإسلامي أنه يغطي الضرر الواقع فعلاً، ويساويه.
١٥- الضرر الذي يعوض عنه هو المادي (الحسي). أما المعنوي والأدبي ومجرد المطل والإخلال بالعقد فلا يعوض عنها مالياً على الراجح من الآراء.
١٦- أن تقدير التعويض في الفقه الإسلامي يكون بعد وقوع الضرر لا قبله.
١٧- لا يجوز تقدير التعويض في الفقه الإسلامي قبل وقوع الضرر، لأن الضرر في هذه الحالة معدوم ومجهول، ولأن في هذا تقديم للمسبب على

السبب، ولأن هذا يؤدي إلى الجهالة والغرر، وهو ضرب من الرهان المحرم، ويؤدي إلى التنازع والتباغض والتشاحن، وأكل أموال الناس بالباطل.

١٨- أن الشرط الجزائي في الديون فاسد مفسد للعقد بالإجماع، لأنه ربا.

١٩- الراجح عندي في الشرط الجزائي في غير الديون أنه فاسد غير مفسد للعقد لما سبق بيانه قريباً من عدم جواز تقدير التعويض قبل وقوع الضرر، ولأن إباحة تدخل القضاء في زيادة الشرط الجزائي، أو نقصانه يفقده فائدته فلا داعي له. أما إذا قلنا بعدم تدخل القضاء فهذا يفتح الباب لأكل أموال الناس بالباطل، والظلم الصريح، إلى غير ذلك من الحجج والبراهين التي ذكرت أثناء مناقشة المسألة.

٢٠- أن الشريعة الإسلامية عالجت التعويض عن الضرر بالعدل والإنصاف وذلك بترك تقدير التعويض إلى حين وقوع الضرر.

٢١- شروط استحقاق الشرط الجزائي عند من قال بصحته أربعة هي:

أ- إخلال الملتزم بالتزامه أو (الخطأ).

ب- الضرر.

ج- الإفضاء أو (العلاقة السببية).

د- الإعذار أو الإنذار.

٢٢- إذا وقع الضرر بسبب المشترط، أو أجنبي فلا يستحق الشرط الجزائي عند من قال بصحته لاختلال شروط استحقاقه.

٢٣- الأعذار الطارئة على العقود التي تمنع استمرار العقد، أو تؤخره تعفي من استحقاق الشرط الجزائي ـ عند من قال بصحته ـ، لأنها خارجة عن إرادة المتعاقد.

٢٤- الشرط الجزائي في غالب أحواله يلحق العقود المتراخية التي يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد، لأن فائدته تظهر فيها.

٢٥- الشرط الجزائي محله الطبيعي ــ كغيره من الشروط ــ الاقتران بالعقد. ويلحق المقترن المتقدم على الراجح. أما المتأخر فإن كان في زمن الخيارين فهو كالمقارن إما إن كان بعد انقضاء الخيار فهو التزام وعقد جديد ففساده لا يؤثر على العقد.

٢٦- من عقود الديون المعاصرة البيع بالتقسيط، والقرض البنكي، وبطاقة الائتمان، والاعتماد المستندي، وبيع المرابحة ودخول الشرط الجزائي على هذه العقود وأمثالها يفسدها لأنها تصبح عقود ربا.

٢٧- أما العقود التي ليس الالتزام الأصلي فيها ديناً كالإجارة والاستصناع في جانب الصانع، والمقاولات في جانب المقاول، والتوريد في جانب المورد، والصيانة في جانب الصائن فأثر دخول الشرط الجزائي عليها لا يتعداه إلى هذه العقود فهو يلغو وتصح هذه العقود.

٢٨- الغرامات المالية في العقود الإدارية ليست شروطاً جزائية.

٢٩- أن الشريعة وضعت الوسائل التوثيقية الكفيلة بتنفيذ العقد في وقته كالضمان والكفالة والرهن، وكذا وضعت الوسائل الزاجرة عن المماطلة والتلاعب كقضاء الحاكم دين المدين المماطل من ماله جبراً، وبيع الحاكم على المدين المماطل ماله لقضاء دينه، وتعزير المماطل بالحبس والضرب والمنع من السفر حتى يؤدي ما عليه.

٣٠- فوائد ومزايا الشرط الجزائي لا تعني إباحته مادام مشتملاً على معان محرمة.

ثانياً: التوصيات:

أوصي طلاب العلم بما يلي:

١- الاهتمام بإبراز محاسن الشريعة، ودعوة المسلمين، وحثهم على تحكيمها في جميع شؤونهم فما من خير إلا دلتنا عليه ولا شر إلا حذرتنا منه.

٢- تحذير المسلمين من تحكيم القانون الوضعي قال تعالى: ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَـٰفِرُونَ ﴾[١] .

٣- الاهتمام بأبواب المعاملات، والنوازل فيها دراسة، وفهماً، وشرحاً، وتوضيحاً.

٤- عدم الركون في الحكم على العقود، والشروط، والنوازل عموماً على مجرد الأصل، أو كثرة المزايا والفوائد، أو انتشار التعامل بها، بل لابد قبل ذلك من دراستها دراسة دقيقة لفهم طبيعتها، وما تضمنته من المعاني.

وفي الختام فهذه النتائج والتوصيات التي توصلت إليها ــ بعد استفراغ الوسع وبذل الجهد ــ عمل بشري عرضة للخطأ والنسيان لذا فإني أرجو من المجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، وهيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، وغيرها من المجامع العلمية، والباحثين عموماً إعادة دراسة حكم الشرط الجزائي انطلاقاً من طبيعته وكيفيته.

اللهم انفع بهذا البحث واجعله شاهداً لنا لا علينا وأبرم لهذه الأمة أمر رشد يعز فيه أهل طاعتك ويذل فيه أهل معصيتك، ويؤمر فيه بالمعروف وينه فيه عن المنكر إنك سميع مجيب.

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين وسلم تسليماً كثيراً.

---

[1] سورة المائدة الآية: ٤٤ .

الفهـــارس

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث والآثار
- فهرس المصادر والمراجع
- فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

سورة آل عمران

الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيۡهِمۡ إِذۡ يُلۡقُونَ أَقۡلَٰمَهُمۡ ...﴾	٤٤	١٤٢
_ ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ ...﴾	١٠٢	١

سورة النساء

الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ ...﴾	١	١
_ ﴿وَمَن يَعۡصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ ...﴾	١٤	٢٧٧
_ ﴿كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡۚ ...﴾	٢٤	١٢٣
_ ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم ...﴾	٢٩	١٠٦-١٦٦- ١٧٢-٢٠٤-٢٧١
_ ﴿۞إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ ...﴾	٥٨	١٨٧-٢١٣

سورة المائدة		
الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ...﴾	١	١٨٧-٢١٦-٢٣٤-٢٤٣-٢٧٠-٢٧٩-٢٨١-٢٨٧-٢٩٦
_ ﴿ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ ...﴾	٣	١-١٢١-١٢٢-٢٧٧-٢٨٢
_ ﴿وَلَا يَجۡرِمَنَّكُمۡ شَنَـَٔانُ قَوۡمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعۡدِلُواْۚ ...﴾	٨	٢١٣
_ ﴿وَءَامَنتُم بِرُسُلِي وَعَزَّرۡتُمُوهُمۡ ...﴾	١٢	١٥٢
_ ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ ...﴾	٤٢	٢٩٣
_ ﴿وَمَن لَّمۡ يَحۡكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡكَٰفِرُونَ﴾	٤٤	٣٣٧
_ ﴿أَفَحُكۡمَ ٱلۡجَٰهِلِيَّةِ يَبۡغُونَۚ ...﴾	٥٠	١٧٨
_ ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ ...﴾	٩٠	٢٠٣
_ ﴿فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ ...﴾	٩٥	٤٦

سورة الأنعام		
الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿مَّا فَرَّطۡنَا فِي ٱلۡكِتَٰبِ مِن شَيۡءٖۚ ...﴾	٣٨	٢٨١
_ ﴿وَقَدۡ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ ...﴾	١١٩	١١٩-٢٧٣
_ ﴿وَإِذَا قُلۡتُمۡ فَٱعۡدِلُواْ ...﴾	١٥٢	٢٧٠

سورة يوسف		
الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ...﴾	٧٢	٨٤
- ﴿قَالُواْ فَمَا جَزَٰٓؤُهُۥٓ إِن كُنتُمۡ كَٰذِبِينَ ...﴾	٧٤	٤٥
_ ﴿وَلَٰكِن تَصۡدِيقَ ٱلَّذِي بَيۡنَ يَدَيۡهِ وَتَفۡصِيلَ كُلِّ شَيۡءٖ ..﴾	١١١	٢٨٠

سورة النحل		
الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿وَنَزَّلۡنَا عَلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ تِبۡيَٰنٗا لِّكُلِّ شَيۡءٖ ...﴾	٨٩	١-٨٩
_ ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ ...﴾	١٢٦	١٦٤

سورة الإسراء		
الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰۗ ...﴾	١٥	٢٣٩
_ ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ ...﴾	٣٤	٢٣٤-٢٧٠

سورة طه		
الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿وَذَٰلِكَ جَزَآءُ مَن تَزَكَّىٰ﴾	٧٦	٤٤

سورة الحج		
الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ... ﴾	٧٨	٢٤٤

سورة المؤمنون		
الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِأَمَٰنَٰتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَٰعُونَ ﴾	٨	١٨٧

سورة لقمان		
الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿ وَٱخْشَوْاْ يَوْمًا لَّا يَجْزِى وَالِدٌ عَن وَلَدِهِۦ ... ﴾	٣٣	٤٦

سورة الأحزاب		
الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿ وَلَقَدْ كَانُواْ عَٰهَدُواْ ٱللَّهَ مِن قَبْلُ لَا يُوَلُّونَ ٱلْأَدْبَٰرَ ... ﴾	١٥	٢٧٠
_ ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا ﴾	٧٠	١

سورة محمد		
الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿ فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا ٱلسَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم ... ﴾	١٨	٣٥

سورة الفتح		
الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿ وَتُعَزِّرُوهُ ... ﴾	٩	١٥٢

سورة الحجرات		
الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿ إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ ... ﴾	١٠	٢٠٤

سورة الجن		
الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿ وَأَمَّا ٱلْقَاسِطُونَ فَكَانُوا۟ لِجَهَنَّمَ حَطَبًا ﴾	١٥	٢٩٣

سورة المدثر		
الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿ كُلُّ نَفْسٍۭ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾	٣٨	١٤٥

سورة الإنسان		
الآية	رقمها	الصفحة
_ ﴿ وَجَزَىٰهُم بِمَا صَبَرُوا۟ جَنَّةً وَحَرِيرًا ﴾	١٢	٤٤

فهرس الأحاديث والآثار

فهرس المصادر والمراجع

١- القرآن الكريم.

٢- آثار عقد الإجارة لفهد بن عبد الرحمن المشعل، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤١١هـ.

٣- آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية لعبد الحكيم فوده منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط الأولى، ١٩٩٩م.

٤- آثار عقود المعاملات في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها لمحمد بن إبراهيم الغامدي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، الرياض جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٠٧هـ.

٥- آثار الموجبات وسقوطها لجورج خليل، دار طريق الشام، بيروت، ط الثانية.

٦- ابن قدامة وآثاره الأصولية للدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود، ط الثالثة.

٧- الإبهاج في شرح المنهاج لعلي السبكي وولده عبد الوهاب. تحقيق د. شعبان محمد إسماعيل، نشر مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، مصر، ط الأولى ١٤٠١هـ.

٨- إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للدكتور عبد الكريم بن علي النملة، دار العاصمة، الرياض، السعودية، ط الأولى، ١٤١٧هـ.

٩- الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام (شرح ميارة) لمحمد بن أحمد ميارة الفاسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤٢٠هـ.

١٠- أثر الاستصناع للدكتور محمد عبد اللطيف الفرفور، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني، ١٤١٢هـ.

١١- أثر التوبة على عقوبة القذف في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الله بن سليمان المطرودي، مجلة البحوث الإسلامية، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، العدد السادس والستون، ١٤٢٣هـ.

١٢- أثر الشرط في الفقه الإسلامي لزهرة بنت أحمد الألمعي، رسالة دكتوراه، كلية التربية للبنات بالرياض، الدراسات الإسلامية، فقه وأصوله، ١٤٠٩هـ.

١٣- الإجارة الطويلة والمنتهية بالتمليك في الفقه الإسلامي لسليمان بن صالح الخميس، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٠هـ.

١٤- الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي لخالد بن عبد الله الحافي، ط الثانية ١٤٢١هـ.

١٥- الإجارة المنتهية بالتمليك ـ دراسة اقتصادية وفقهية ـ للدكتور شوقي أحمد دنيا، بحث مقدم للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة، ١٤٢١هـ.

١٦- الإجارة المنتهية بالتمليك وصكوك الأعيان المؤجرة للدكتور منذر قحف، بحث مقدم للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة، ١٤٢١هـ.

١٧- الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة (الإجارة المنتهية بالتمليك) دراسة فقهية مقارنة، للدكتور علي محيي الدين القره داغي، بحث مقدم للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة، ١٤٢١هـ.

١٨- الإجماع لابن المنذر، تحقيق د. فؤاد عبد المنعم أحمد طبع رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية في قطر، ط الثانية، ١٤١١هـ.

١٩- الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية للدكتور عبد الستار أبو غدة ، مجموعة دلة البركة، جدة السعودية، ط الأولى، ١٤١٤هـ.

٢٠- الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان للأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٢هـ.

٢١- أحكام الالتزام للدكتور جلال علي العدوي، الدار الجامعية.

٢٢- أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور طلبة وهبة خطاب، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.

٢٣- أحكام الالتزام ــ النظرية العامة للالتزامات ــ للدكتور عبد الودود يحيى، ١٣٩٤هـ.

٢٤- أحكام البيع بالتقسيط لمحمد تقي العثماني ــ ضمن بحوث في قضايا فقهية معاصرة ــ دار القلم، دمشق، سوريا، ط الأولى ١٤١٩هـ.

٢٥- أحكام الرجوع في عقود المعاوضات المالية لفضل الرحيم بن محمد عثمان، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ١٤٢٠ــ١٤٢١هـ.

٢٦- الأحكام السلطانية والولايات الدينية لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي، خرج أحاديثه خالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان ط الأولى ١٤١٠هـ.

٢٧- أحكام صرف النقود والعملات في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور عباس أحمد محمد الباز، دار النفائس، عمان، الأردن ط الأولى، ١٤١٩هـ.

٢٨- أحكام الصناعة في الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة ـ لمحمد بن منصور المدخلي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة في الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤١٨ـ١٤١٩هـ.

٢٩- أحكام الطوارئ في عقود المعاوضات المالية لسعيد بن مسفر الوادعي، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ١٤١١هـ.

٣٠- أحكام العربون في الشريعة والقانون للدكتور عبد السلام الترمانيني، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الأول، ١٩٩٧م.

٣١- أحكام عقود التأمين ومكانها من شريعة الدين مع بيان أنواع من العقود والمعاملات الرائجة بين المسلمين للشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، ط الأولى.

٣٢- أحكام عقد المقاولة لفتيحه قرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٨٧.

٣٣- أحكام الفورية والتراخي في عقود المعاوضات المالية لنواف بن عمير السعدون، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، ١٤٢٣-١٤٢٤هـ.

٣٤- الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الأندلسي، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط الثانية ١٤١٣هـ.

٣٥- الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٠هـ.

٣٦- أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، راجعه محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤٠٨هـ.

٣٧- أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٤٠٦هـ.

٣٨- أحكام القرآن للإمام الشافعي، تحقيق: الشيخ عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٣٩٥هـ.

٣٩- أحكام القرآن لعماد الدين بن محمد الطبري المعروف بالكيا الهراسي، دار الباز، مكة، السعودية، ودار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط الأولى ١٤٠٣هـ.

٤٠- أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط الأولى.

٤١- الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط الثالثة، ١٣٧٧هـ.

٤٢- الاختلاف الفقهي بين علماء التابعين، أسبابه، وعلاقته بالمناهج الاجتهادية للدكتور حميدان الحميدان، مركز البحوث التربوية، كلية التربية، جامعة الملك سعود ١٤١٣هـ.

٤٣- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية لعلاء الدين علي بن محمد البعلي، تحقيق الشيخ محمد حامد الفقي، دار المعرفة.

٤٤- الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، تعليق محمود أبو دقيقة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط الثالثة، ١٣٩٥هـ.

٤٥- إدارة المصارف التقليدية والمصارف الإسلامية (مدخل مقارن) للدكتور محمد سويلم، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، مصر.

٤٦- أدب القاضي لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق: محيى هلال السرحان، وزارة الأوقاف، جمهورية العراق.

٤٧- إدرار الشروق على أنواء الفروق لأبي القاسم قاسم بن عبد الله الأنصاري المعروف بابن الشاط، مع الفروق للقرافي، عالم الكتب، بيروت، لبنان.

٤٨- أدوات الاستثمار الإسلامي لعز الدين محمد خوجة، إدارة البحوث والتطوير، مجموعة دلة البركة، جدة، السعودية.

٤٩- الأربعين النووية وشرحه للإمام النووي، ضمن مجموعة الحديث، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية.

٥٠- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي الشوكاني، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٥١- إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه للحافظ ابن كثير، تحقيق: بهجة يوسف حمد، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٦هـ.

٥٢- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل لمحمد ناصر الدين الألباني، طبع بإشراف محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط الأولى ١٣٩٩هـ.

٥٣- أساس البلاغة لجار الله محمود بن عمر الزمخشري، تحقيق عبد الرحيم محمود، دار المعرفة، بيروت، لبنان ١٤٠٢هـ.

٥٤- أسباب انحلال العقود المالية لعبد الرحمن بن عايد العايد، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط الأولى ١٤٢٣هـ.

٥٥- أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط الثانية ١٤١٦هـ.

٥٦- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري الأندلسي تحقيق د. عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبة، دمشق، بيروت ــ دار الوغى ــ حلب، القاهرة ط الأولى ١٤١٤هـ.

٥٧- الاستيعاب في معرفة الأصحاب للعلامة يوسف بن عبد الله بن عبد البر، مطبوع مع الإصابة لابن حجر، دار صادر، مطبعة السعادة، مصر، ط الأولى، ١٣٢٨هـ.

٥٨- استيفاء الديون في الفقه الإسلامي لمزيد بن إبراهيم المزيد رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية ١٤١٥هـ.

٥٩- الأسس العامة للعقود الإدارية لسليمان بن محمد الطماوي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط الخامسة ١٩٩١م.

٦٠- أسنى المطالب شرح روض الطالب للعلامة أبي يحيى زكريا الأنصاري الشافعي، المكتبة الإسلامية، مصر.

٦١- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك لأبي بكر الكشناوي، مطبعة عيسى الحلبي وشركاه، مصر، ط الأولى.

٦٢- الأشباه والنظائر لأبي حفص عمر بن علي الأنصاري، المعروف بابن الملقن، تحقيق حمد بن عبد العزيز الخضيري، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

٦٣- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين عبد الرحمن ابن أبي بكر السيوطي، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط الأولى ١٤٠٧هـ.

٦٤- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٩هـ.

٦٥- الأشباه والنظائر للإمام تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى ١٤١١هـ.

٦٦- الأشباه والنظائر لمحمد بن عمر مكي المعروف بابن الوكيل، تحقيق: د. أحمد العنقري ود. عادل الشويخ، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط الأولى، ١٤١٣هـ.

٦٧- الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن للدكتور عباس حسني محمد، شركة مكتبات عكاظ، جدة، السعودية، ط الأولى، ١٤٠٤هـ.

٦٨- الإشراف على مذاهب أهل العلم للإمام الحافظ محمد بن إبراهيم بن المنذر، تحقيق: محمد نجيب سراج الدين، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط الأولى ١٤٠٦هـ.

٦٩- الإصابة في تمييز الصحابة للحافظ شهاب الدين أحمد بن حجر العسقلاني، دار صادر، مطبعة السعادة، مصر، ط الأولى، ١٣٢٨هـ.

٧٠- أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي للدكتور بدر جاسم اليعقوب، مطابع دار القبس، الكويت، ط الأولى، ١٤١٠هـ.

٧١- أصول البزدوي لأبي الحسن علي بن محمد البزدوي، مطبوع مع كشف الأسرار للبخاري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٣٩٤هـ.

٧٢- أصول السرخسي لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية، حيدر آباد، الدكن، الهند، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، ١٣٧٢هـ.

٧٣- أصول الفقه لمحمد أبي النور زهير، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، مصر.

٧٤- أصول الفقه للشيخ محمد أبي زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.

٧٥- أصول الفقه لمحمد الخضري بك، مكتبة الرياض الحديث، الرياض، السعودية.

٧٦- أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط الثانية، ١٤١٨هـ.

٧٧- أصول الفقه لزكي الدين شعبان، كلية الحقوق، الجامعة الليبية، ليبيا، دار الكتب، بيروت، ط الثانية، ١٩٧١م.

٧٨- أصول الفقه لعباس متولي حمادة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط الثانية، ١٣٨٨هـ.

٧٩- أصول القانون التجاري للدكتور مصطفى كمال طه، الدار الجامعية، ١٩٩٣م.

٨٠- أصول القانون لعبد المنعم فرج الصدة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٧٩هـ.

٨١- الاعتصام لأبي اسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي الغرناطي، تصحيح: أحمد عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٤١١هـ.

٨٢- الاعتمادات المستندية لعلي جمال الدين عوض، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨١م.

٨٣- الاعتماد المستندي لمحمد ديب، دار الشمال، طرابلس، لبنان، ١٩٨٠م.

٨٤- إعلاء السنن لمحمد أشرف علي التهانوي، مطابع سيرات فريررود، كراتشي، ١٣٨٦هـ.

٨٥- إعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين بن قيم الجوزية، تحقيق: عبد الرحمن الوكيل، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر.

٨٦- أعمال البنوك والشريعة الإسلامية لمحمد مصلح الدين، ترجمة حسين محمود صالح، دار البحوث العلمية، الكويت، ط الأولى، ١٩٧٦م.

٨٧- أعمال البنوك لمنير وممدوح الجنبيهي، دار الفكر الجامعي، مصر.

٨٨- أعمال السلطة الإدارية لمحمد فؤاد عبد الباسط، مكتبة الهداية، الإسكندرية مصر، ١٩٨٨م.

٨٩- الأعمال المصرفية والإسلام لمصطفى عبد الله الهمشري، مجمع البحوث الإسلامية، الأزهر، الشركة المصرية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر.

٩٠- الإغراب في جدل الإعراب لأبي البركات عبد الرحمن كمال الدين بن محمد الأنباري، اعتنى بتحقيقه: سعيد الأفغاني، مطبقة الجامعة السورية، دمشق، سوريا، ١٣٧٧هـ.

٩١- الإفصاح عن معاني الصحاح للوزير يحيى بن محمد بن هبيرة، المؤسسة السعيدية، الرياض، السعودية، ١٣٩٨هـ.

٩٢- الإقناع لطالب الانتفاع لشرف الدين موسى بن أحمد أبو النجا الحجاوي المقدسي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٤١٨هـ.

٩٣- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لمحمد الشربيني الخطيب، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر.

٩٤- الإقناع لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، تحقيق: د. عبد الله بن عبدالعزيز الجبرين، ط الأولى، ١٤٠٨هـ.

٩٥- الالتزامات في الشرع الإسلامي لأحمد إبراهيم بك، دار الأنصار، القاهرة، مصر.

٩٦- التزام المشتري بفتح الاعتماد المستندي للدكتور محمد حسين إسماعيل، شركة العبيكان الرياض السعودية، ١٤١٣هـ.

٩٧- الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٤٠٣هـ.

٩٨- إنشاء الالتزام في حقوق العباد لحسن بن أحمد بن محمد الغزالي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤١٥هـ.

٩٩- الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف لولي الله الدهلوي، مراجعة: عبد الفتاح أبو غدة، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط الثالثة، ١٤٠٦هـ.

١٠٠- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي مطبوع مع الشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٤١٥هـ.

١٠١- الأنوار لأعمال الأبرار في فقه الإمام الشافعي للعلامة يوسف الأردبيلي، شركة البابي الحلبي، مصر.

١٠٢- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء لقاسم القونوي، تحقيق: د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي دار الوفاء، جدة، السعودية، ط الثانية، ١٤٠٧هـ.

١٠٣- الإيجار المنتهي بالتمليك وصكوك التأجير للدكتور محمد جبر الألفي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الدورة الثانية عشرة ١٤٢١هـ.

١٠٤- الإيجار المنتهي بالتمليك للشيخ محمد المختار السلامي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الدورة الثانية عشرة ١٤٢١هـ.

١٠٥- الإيجار المنتهي بالتمليك للدكتور حسن علي الشاذلي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الدورة الخامسة ١٤٠٩هـ، منشور في مجلة المجمع، العدد الخامس، الجزء الرابع ١٤٠٩هـ.

١٠٦- إيقاظ الهمم المنتقى من جامع العلوم والحكم لأبي أسامة سليم بن عيد الهلالي، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، ط الأولى، ١٤١٢هـ.

١٠٧- الباعث على العقود في الفقه الإسلامي وأصوله للدكتور وهبة الزحيلي، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ط الأولى، ١٤٢٠هـ.

١٠٨- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة زين الدين بن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط الثانية.

١٠٩- البحر المحيط لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن علي بن حيان الأندلسي الغرناطي الشهير بابن حيان، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٤٠٣هـ.

١١٠- البحر المحيط في أصول الفقه لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط الثانية، ١٤١٣هـ.

١١١- بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور علي محي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط الأولى ١٤٢٢هـ.

١١٢- بحوث في قضايا فقهية معاصرة لمحمد تقي العثماني، دار القلم، دمشق، بيروت، ط الأولى، ١٤١٩هـ.

١١٣- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الثانية ١٤٠٦هـ.

١١٤- بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن لأحمد عبد الرحمن البنا الشهير بالساعاتي، دار الأنوار للطباعة والنشر، ط الأولى، ١٣٦٩هـ.

١١٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط الرابعة، ١٣٩٨هـ.

١١٦- البستان للشيخ عبد الله البستاني اللبناني، المطبعة الأميركانية، بيروت، لبنان، ١٩٢٧هـ.

١١٧- بطاقة الائتمان للشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٤٢٢هـ.

١١٨- بطاقة الائتمان للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، بحث مقدم للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ١٤٢١هـ.

١١٩- بطاقات الائتمان تصورها، والحكم الشرعي عليها للدكتور عبد الستار أبو غدة، بحث مقدم للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ١٤٢١هـ.

١٢٠- بطاقات الائتمان غير المغطاة للدكتور محمد العلي القري، بحث مقدم للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي الدورة الثانية عشرة، ١٤٢١هـ.

١٢١- بطاقات الائتمان غير المغطاة للدكتور نزيه كمال حماد، بحث مقدم للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ١٤٢١هـ.

١٢٢- بطاقة الائتمان غير المغطاة لعلي عندليب ومحمد تسخيري بحث مقدم للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ١٤٢١هـ.

١٢٣- البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد للدكتور عبدالوهاب أبو سليمان، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، السعودية، دار القلم، دمشق، سوريا، ط الأولى، ١٤١٩هـ.

١٢٤- البطاقات البنكية للدكتور محمد بالوالي، بحث مقدم للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ١٤٢١هـ.

١٢٥- البطاقات المصرفية وأحكامها الفقهية لعبد الرحمن بن صالح الحجي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٠هـ.

١٢٦- بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة للحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، ط الأولى، ١٣٨٤هـ.

١٢٧- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي على الشرح الصغير للدردير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٥هـ.

١٢٨- البناية في شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد العيني، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤٠٠هـ.

١٢٩- البند الجزائي في القانون المدني للعقيد طلال المهتار، رسالة دكتوراه، جامعة باريس للحقوق والاقتصاد والعلوم الاجتماعية، ١٩٧٤م.

١٣٠- البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ للدكتور الياس ناصيف، ١٩٩١م.

١٣١- البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، دار الفكر، بيروت، لبنان.

١٣٢- البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى للدكتور إبراهيم دسوقي أبو الليل، جامعة الكويت، ط الأولى ١٤٠٤هـ.

١٣٣- بيع التقسيط وأحكامه لسليمان التركي، دار اشبيليا، الرياض، السعودية، ط الأولى ١٤٢٤هـ.

١٣٤- بيع التقسيط للدكتور رفيق يونس المصري، دار القلم دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط الثانية، ١٤١٨هـ.

١٣٥- بيع التقسيط أحكامه، وآدابه لهشام بن محمد آل برغش، دار الوطن للنشر، الرياض، السعودية، ط الأولى ١٤١٩هـ.

١٣٦- بيع العربون وبعض المسائل المستحدثة فيه للدكتور رفيق يونس المصري، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ط الأولى ١٤٢٠هـ.

١٣٧- بيع العربون للدكتور وهبة الزحيلي، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ط الأولى، ١٤٢٠هـ.

١٣٨- البيع على الصفة للعين الغائبة وما يثبت في الذمة للدكتور العياشي فداد، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، بحث رقم (٥٦).

١٣٩- بيع المباني تحت الإنشاء دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي للدكتور محمد المرسي زهرة، ط الأولى، ١٩٨٩م.

١٤٠- بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية للدكتور يوسف القرضاوي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان ط الأولى، ١٤٢١هـ.

١٤١- بيع المرابحة للآمر بالشراء للدكتور حسام الدين عفانة، مكتبة دنديس، عمان، الأردن، ط الأولى، ١٤٢١هـ.

١٤٢- بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية للدكتور محمد سليمان الأشقر، ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، عمان، الأردن، ط الأولى ١٤١٨هـ.

١٤٣- بيع المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية للدكتور رفيق يونس المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد (٥) ج٢، ١٤٠٩هـ.

١٤٤- بيع المرابحة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية لأحمد سالم ملحم، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الأردن، ط الأولى ١٤١٠هـ.

١٤٥- بيع المزاد للدكتور عبد الله المطلق، دار المسلم للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية ط الأولى، ١٤١٤هـ.

١٤٦- تاج العروس من جواهر القاموس للسيد محمد مرتضى الزبيدي، دار ليبيا للنشر والتوزيع، بنغازي، ليبيا، ١٣٨٦هـ.

١٤٧- التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق محمد بن يوسف العبدري، مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب، مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا.

١٤٨- تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام لشمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، تحقيق: د. عمر تدمري، دار الكتاب العربي.

١٤٩- تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود لبدران أبي العينين بدران، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان.

١٥٠- التأجير المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي لسليمان بن صالح الدخيل، بحث تكميلي للحصول على درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء، الرياض، قسم الفقه المقارن، ١٤١٨هـ.

١٥١- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون المالكي مطبوع مع فتح العلي المالك، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

١٥٢- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار المعرفة، بيروت، ط الثانية، مصورة عن طبعة المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ط الأولى، ١٣١٣هـ.

١٥٣- التخريج عند الفقهاء والأصوليين للدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ١٤١٤هـ.

١٥٤- تخريج الفروع على الأصول للإمام أبي المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني، حققه: د. محمد أديب الصالح، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، ط الأولى، ١٤٢٠هـ.

١٥٥- التحرير في أصول الفقه لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، مطبوع مع شرحه التيسير، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، ١٣٥٢هـ.

١٥٦- تحرير الكلام في مسائل الالتزام للإمام أبي عبد الله محمد بن محمد الحطاب، تحقيق: د. عبد السلام الشريف العالم، دار الغرب الإسلامي، ببيروت، لبنان، ط الأولى، ١٩٨٤م.

١٥٧- تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي لمحمد المباركفوري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٠هـ.

١٥٨- تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب لأبي يحيى زكريا الأنصاري الشافعي، مطبوع مع حاشية الشرقاوي، دار المعرفة بيروت، لبنان.

١٥٩- تحفة الفقهاء لعلاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي، دار الفكر، دمشق، سوريا.

١٦٠- تحفة المحتاج شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

١٦١- تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد للحافظ العلائي، تحقيق: د. إبراهيم سلقيني، دار الفكر، بيروت، ط الأولى ١٤٠٢هـ.

١٦٢- التراث القانوني السعودي لأحمد سعيد عبد الخالق، المكتب المصري الحديث، القاهرة، مصر.

١٦٣- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي لعبد القادر عوده، دار الكاتب العربي، بيروت، لبنان.

١٦٤- التصرف الانفرادي وأثره في بناء العقود والالتزامات في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الله الدرعان، مكتبة التوبة، الرياض، السعودية ط الأولى، ١٤١٣هـ.

١٦٥- تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية للدكتور سامي حسن حمود، مطبعة الشرق، عمان، الأردن، ط الثانية، ١٤٠٢هـ.

١٦٦- التعريفات لعلي بن محمد الجرجاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الثالثة، ١٤٠٨هـ.

١٦٧- التعزير بالمال في الإسلام حكمه، وأدلته، إياد حاج إبراهيم، دار المنارة للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، ط الأولى، ١٤١٤هـ.

١٦٨- التعزير في الشريعة الإسلامية لعبد العزيز عامر، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٣٧٤هـ.

١٦٩- التعليق على نصوص القانون المدني المعدل لأنور عمر العمروسي، ١٩٨٠م.

١٧٠- التعليق المغني على الدار قطني لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي مطبوع مع سنن الدار قطني، مكتبة المتنبي، القاهرة وعالم الكتب، بيروت، لبنان.

١٧١- التعليق وأثره في الأحكام الشرعية لمنى بنت راجح الراجح، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤١٨هـ.

١٧٢- تعليق د. زكي الدين شعبان علي بحث الشيخ الزرقا: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، مقال منشور في مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي المجلد الأول، ١٤٠٩هـ.

١٧٣- تعويض الضرر في المسؤولية المدنية للدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٤١٦هـ.

١٧٤- التعويض عن الضرر للدكتور وهبة الزحيلي، مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، السعودية، العدد الأول، ١٣٩٨هـ.

١٧٥- التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي للدكتور محمد بن المدني بوساق، دار إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط الأولى، ١٤١٩هـ.

١٧٦- التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء لمنير قزمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط الأولى، ٢٠٠٢م.

١٧٧- تفسير البيضاوي للقاضي ناصر الدين البيضاوي، مطبعة الحرية في البلاد العثمانية، ١٣٢٥هـ.

١٧٨- تفسير القرآن العظيم للإمام إسماعيل بن كثير، كتب هوامشه: حسين بن إبراهيم زهران، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٢هـ.

١٧٩- التفسير الكبير المعروف بمفاتيح الغيب للإمام فخر الدين أبي عبد الله محمد بن عمر بن حسين الرازي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط الثالثة.

١٨٠- تفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط الثانية.

١٨١- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر للدكتور محمد إبراهيم دسوقي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر.

١٨٢- تقريب التهذيب للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٣٩٥هـ.

١٨٣- تقريب الوصول إلى علم الأصول لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي، تحقيق: محمد علي فركوس، مطابع سجل العرب، نشر دار الأقصى، ط الأولى ١٤١٠هـ.

١٨٤- تقرير الشيخ عبد الرحمن الشربيني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لابن السبكي، بهامش حاشية البناني، مطبعة دار إحياء الكتب العربية لعيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر.

١٨٥- التقويم في الفقه الإسلامي لمحمد بن عبد العزيز الخضير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط الأولى، ١٤٢٣هـ.

١٨٦- تكملة كتاب المجموع لمحمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية.

١٨٧- التكييف الشرعي لبطاقة الائتمان لنواف عبد الله أحمد باتوباره، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، السعودية، العدد (٣٧)، ١٤١٨هـ.

١٨٨- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني، تحقيق: د. شعبان محمد إسماعيل، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، ومكتبة الكليات الأزهرية، مصر، القاهرة.

١٨٩- التلخيص في أصول الفقه لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني، تحقيق: د. عبد الله جولم النيبلي وشبير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، ط الأولى ١٤١٧هـ.

١٩٠- تلخيص مستدرك الحاكم للحافظ محمد بن أحمد الذهبي، مطبوع بذيل المستدرك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١١هـ.

١٩١- التلقين في الفقه المالكي للقاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق: محمد الفاني، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز.

١٩٢- التلويح على التوضيح لمتن التنقيح لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٩٣- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد للحافظ أبي عمر يوسف بن عبدالله بن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق لجنة من العلماء، وزارة الأوقاف المغربية، المغرب.

١٩٤- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإمام جمال الدين أبي محمد عبدالرحيم الإسنوي، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، دار الرائد العربي، ط الأولى، ١٤٢٢هـ.

١٩٥- التنبيه في الفقه الشافعي لأبي إسحاق الفيروز آبادي الشيرازي، تعليق: عماد الدين أحمد حيدر، عالم الكتب، بيروت لبنان، ط الأولى، ١٤٠٣هـ.

١٩٦- التنبيه على الأسباب التي أوجبت الاختلاف بين المسلمين، لأبي محمد عبد الله بن محمد بن السيد البطليوسي تحقيق: د. أحمد حسن كحيل، و د. حمزة عبد الله النشرتي، مكتبة الاعتصام، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٣٩٨هـ.

١٩٧- تنوير الأبصار للشيخ محمد بن عبد الله بن إبراهيم التمرتاشي، ومعه حاشية الدر المختار للحصكفي وحاشية ابن عابدين، المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، السعودية.

١٩٨- تهذيب الأسماء واللغات ليحيى بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٦هـ.

١٩٩- تهذيب سنن أبي داود لابن قيم الجوزية، مطبوع مع مختصر السنن للمنذري، ومعالم السنن للخطابي، تحقيق: محمد حامد الفقي، وأحمد محمد شاكر، مكتبة السنة المحمدية، القاهرة، ومكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر.

٢٠٠- تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد بن علي بن حسين المكي المالكي، مع الفروق للقرافي، عالم الكتب، بيروت، لبنان.

٢٠١- تهذيب اللغة لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق: علي حسن هلالي، مطابع سجل العرب، القاهرة، مصر.

٢٠٢- توثيق الديون في الفقه الإسلامي للدكتور صالح بن عثمان الهليل، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط الأولى، ١٤٢١هـ.

٢٠٣- توضيح الأحكام من بلوغ المرام للشيخ عبد الله بن عبد الرحمن البسام، مكتبة النهضة الحديثة، ط الثانية، ١٤١٤هـ.

٢٠٤- التوضيح في حل غوامض التنقيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي، مطبوع مع التلويح للتفتازاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢٠٥- تيسير التحرير وهو (شرح التحرير لابن الهمام) لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده القاهرة، مصر، ١٣٥٢هـ.

٢٠٦- التيسير في أصول الفقه للدكتور إبراهيم محمد السلقيني، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط الثانية، ١٩٩٦م.

٢٠٧- تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط الثانية ١٤١٧هـ.

٢٠٨- الجامع الصحيح للإمام محمد بن إسماعيل البخاري مطبوع مع شرحه فتح الباري، حقق أصول الطبعة وأجازها الشيخ عبد العزيز بن باز، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، السعودية، دار الفكر، بيروت، لبنان ط الأولى، ١٤١٤هـ.

٢٠٩- الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، مطبوع مع شرحه تحفة الأحوذي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٠هـ.

٢١٠- الجامع لأحاديث البيوع لسامي بن محمد الخليل، وفي حاشيته شروحات وتعليقات الشيخ عبد العزيز بن باز، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، ط الأولى، ١٤٢٢هـ.

٢١١- الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٣هـ.

٢١٢- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم للإمام الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين الشهير بابن رجب، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، وإبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٤١٢هـ.

٢١٣- الجزاءات في العقود الإدارية لحمد بن فهد العيد، بحث تكميلي لدرجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية، الرياض، ١٤٢٠هـ.

٢١٤- الجزاءات في عقود الأشغال العامة للدكتور هارون عبد العزيز الجمل، جامعة عين شمس، القاهرة، مكتبة سعيد رأفت القاهرة، مصر.

٢١٥- الجريمة لمحمد أبي زهرة، دار الفكر العربي.

٢١٦- جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية للدكتور على أحمد الندوي، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، السعودية، ط الأولى ١٤٢١هـ.

٢١٧- جمهرة اللغة لابن دريد أبي بكر محمد بن الحسن الأزدي البصري، مكتبة المثنى، بغداد، العراق.

٢١٨- الجوائح وأحكامها للدكتور سليمان بن إبراهيم الثنيان، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط الأولى، ١٤١٣هـ.

٢١٩- الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود للدكتور محمد إبراهيم دسوقي، معهد الإدارة العامة، الرياض، السعودية، ١٤١٥هـ.

٢٢٠- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل لصالح عبد السميع الآبي الأزهري، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان.

٢٢١- الجوهر النقي لعلاء الدين بن علي المارديني الشهير (بابن التركماني) مطبوع بذيل السنن الكبرى للبيهقي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤١٣هـ.

٢٢٢- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين (حاشية ابن عابدين)، دار إحياء التراث العربي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢٢٣- حاشية الأزميري على مرآة الوصول لشرح مرقاة الوصول دار الطباعة العامرة، ١٣٠٩هـ.

٢٢٤- حاشية العلامة البناني على شرح الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي على متن جمع الجوامع لتاج الدين عبد الوهاب السبكي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر.

٢٢٥- حاشية البجيرمي على منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد) لسليمان بن محمد البجيرمي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، ١٣٧٠هـ.

٢٢٦- حاشية التفتازاني على شرح العضد لمختصر ابن الحاجب لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الثالثة، ١٤٠٣، مصورة عن طبعة بولاق ١٣١٦هـ.

٢٢٧- حاشية الجمل على شرح المنهج للشيخ سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المصري الشافعي، المعروف بالجمل، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

٢٢٨- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

٢٢٩- حاشية الرهاوي على شرح المنار لابن ملك للعلامة شرف الدين يحيى الرهاوي المصري، المطبعة العثمانية، ١٣١٥هـ.

٢٣٠- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع للشيخ عبد الرحمن بن قاسم، ط الثالثة، ١٤٠٥هـ.

٢٣١- حاشية سعد الله بن عيسى الشهير بسعدي جلبي وبسعدي أفندي مطبوع مع شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٢٣٢- حاشية السندي على سنن النسائي لأبي الحسن نور بن عبد الهادي السندي، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، دار الحديث، القاهرة، مصر، ١٤٠٧هـ.

٢٣٣- حاشية الشبراملسي أبي الضياء نور الدين علي بن علي القاهري على نهاية المحتاج للرملي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٨٦هـ.

٢٣٤- حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي، دار المعرفة، بيروت، مصورة عن الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ١٣١٣هـ.

٢٣٥- حاشية الشربيني على الغرر البهية في شرح البهجة الوردية للشيخ عبد الرحمن الشربيني، المطبعة الميمنية، مصر.

٢٣٦- حاشية عميرة على شرح المحلي على منهاج الطالبين لشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، مطبوع مع حاشية قليوبي، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٢٣٧- حاشية قليوبي على شرح المحلي على منهاج الطالبين لشهاب الدين أحمد بن أحمد القليوبي المصري، مطبوع مع الذي قبله (حاشية قليوبي وعميرة)، دار الفكر، بيروت لبنان.

٢٣٨- حاشية المنتهى على منتهى الإرادات لعثمان بن أحمد بن سعيد النجدي الشهير بابن قائد، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٩هـ.

٢٣٩- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق: محمد معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٤هـ.

٢٤٠- حدود ابن عرفة لمحمد بن عرفة المالكي تحقيق: محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط الأولى ١٩٩٣م.

٢٤١- الحدود والتعزيرات عند ابن القيم للشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد، دار العاصمة، الرياض، السعودية، ط الثانية، ١٤١٥هـ.

٢٤٢- حصول المأمول من علم الأصول لصديق حسن خان بهادر، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، مصر، ١٣٥٧هـ.

٢٤٣- الحق في التعويض ومدى انتقاله إلى الخلف العام في إطار الفقه والقانون والقضاء المقارن لأحمد حسن الحمادي، مطبعة دار الثقافة، الدوحة، قطر، ١٩٩٥م.

٢٤٤- حكم بيع التقسيط في الشريعة والقانون للدكتور محمد عقلة الإبراهيم، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، العدد السابع، ١٤٠٧هـ.

٢٤٥- حكم العربون في الإسلام للدكتور ماجد أبو رخية، ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، عمان، الأردن، ط الأولى، ١٤١٨هـ.

٢٤٦- حكم بيع العربون للدكتور عبد العزيز بن محمد الربيش، مركز البحوث التربوية، كلية التربية، جامعة الملك سعود، ١٤٢٠هـ.

٢٤٧- حكم التعزير بأخذ المال في الإسلام للدكتور ماجد أبورخية، ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، عمان، الأردن، ط الأولى، ١٤١٨هـ.

٢٤٨- الحكم الشرعي عند الأصوليين لحسين حامد حسان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٩٧٢م.

٢٤٩- الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها للدكتور علاء الدين زعتري، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، ط الأولى، ١٤٢٢هـ.

٢٥٠- خزانة الفقه وعيون المسائل لأبي الليث نصر بن إبراهيم السمرقندي، تحقيق: د. صلاح الدين الناهي، مطبعة أسعد، بغداد، العراق، ١٣٨٦هـ.

٢٥١- الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامي (أحكام استرداد المال) للدكتور سعدي حسين علي جبر، دار النفائس، عمان، الأردن، ط الأولى ١٤٢٣هـ.

٢٥٢- دراسات في تاريخ الحقوق (المؤسسات الحقوقية في بابل) لشفيق الجراح، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، ١٩٨٠-١٩٨١م.

٢٥٣- دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة للدكتور محمد مصطفى أبوه الشنقيطي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، السعودية، ط الثانية، ١٤٢٢هـ.

٢٥٤- درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، تعريب فهمي الحسيني، مكتبة النهضة، بغداد، بيروت.

٢٥٥- الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام لمحمد بن فراموز بن علي الشهير بمنلا خسرو الحنفي، المطبعة العامرة الشرقية، مصر، ١٣٠٤هـ.

٢٥٦- الدر المختار شرح تنوير الأبصار للشيخ محمد علاء الدين الحصكفي، مطبوع مع رد المختار (حاشية ابن عابدين). مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط الثانية، ١٣٨٦هـ.

٢٥٧- الدر المنثور في التفسير المأثور لجلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١١هـ.

٢٥٨- دروس في نظرية الحق ومصادر الالتزام لمصطفى الجارحي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٩٧٩م.

٢٥٩- دعاوى التعويض الناشئة عن المسئوليتين التقصيرية والعقدية وتطبيقاتها في الفقه والقضاء الإداري لعبد العزيز بن محمد المتيهي، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، ١٤٢٤هـ.

٢٦٠- دليل الطالب لنيل المطالب للشيخ مرعي بن يوسف المقدسي، تحقيق: د. محمود حسن أبو ناجي الشيباني، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية ط الأولى، ١٤١٨هـ.

٢٦١- دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية في المملكة العربية السعودية إعداد: إدارة المقاولين في الغرفة التجارية الصناعية، الرياض، السعودية، ١٤١٧هـ.

٢٦٢- دليل المقاول للمشروعات الحكومية إعداد: إدارة المقاولين وإدارة البحوث في الغرفة التجارية الصناعية، الرياض، السعودية، ١٤١٦هـ.

٢٦٣- الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق، سعيد أعراب، محمد أبو خبزة، د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٩٩٤م.

٢٦٤- الذمة والحق والالتزام وتأثرها بالموت في الفقه الإسلامي للدكتور المكاشفي طه الكباشي، مكتبة الحرمين، الرياض، السعودية، ط الأولى، ١٤٠٩هـ.

٢٦٥- رأي آخر في مطل الغني هل يلزم بالتعويض؟ للدكتور محمد زكي عبدالبر، مجلة جامعة الملك عبد العزيز ـ الاقتصاد الإسلامي ـ جدة ـ السعودية، المجلد الثاني، ١٤١٠هـ.

٢٦٦- الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة للدكتور عبد الله بن محمد السعيدي، دار طيبة، الرياض، السعودية، ط الأولى، ١٤٢٠هـ.

٢٦٧- الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية للشيخ عمر بن عبدالعزيز المترك، دار العاصمة، الرياض، السعودية، ١٤١٤هـ.

٢٦٨- رحمة الأمة في اختلاف الأئمة لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى ١٤٠٧هـ.

٢٦٩- رسائل ابن عابدين لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

٢٧٠- الرسالة للإمام محمد بن إدريس الشافعي، دون بيانات.

٢٧١- رفع الملام عن الأئمة الأعلام لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض، السعودية، ١٤١٣هـ.

٢٧٢- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني لمحمود الآلوسي، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٢٧٣- روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، أشرف على طبعه: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، ط الثانية، ١٤٠٥هـ.

٢٧٤- روضة القضاة وطريق النجاة لأبي القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي السمناني، مؤسسة الرسالة، بيروت، دار الفرقان، عمان، ط الثانية، ١٩٨٤م.

٢٧٥- روضة الناظر وجنة المناظر لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة، ضمن ابن قدامة وآثاره الأصولية للدكتور عبد العزيز السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، ط الثالثة، ١٤٠٣هـ.

٢٧٦- الروضة الندية شرح الدرر البهية لمحمد صديق حسن خان القنوجي، تعليق: محمد صبحي حسن حلاق، دار الأرقم، برمنجهام، بريطانيا، مكتبة الكوثر، الرياض، السعودية، ط الثانية، ١٤١٣هـ.

٢٧٧- الروض المربع شرح زاد المستقنع لمنصور البهوتي مطبوع مع حاشيته لابن قاسم، ط الثالثة، ١٤٠٥هـ.

٢٧٨- زاد المستقنع في اختصار المقنع لشرف الدين موسى بن أحمد الحجاوي، دار البخاري، بريدة، السعودية.

٢٧٩- زاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزية، حققه شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط السادسة والعشرون، ١٤١٢هـ.

٢٨٠- زيادة الجلد في التعزير على المقدر في جرائم الحدود للدكتور محمد بن سليمان المنيعي، مجلة البحوث الإسلامية العدد (٥٧) ١٤٢٠هـ.

٢٨١- السبب عند الأصوليين للدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن الربيعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٩٨٠م.

٢٨٢- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام لمحمد بن إسماعل الصنعاني، صححه: محمد عبد العزيز الخولي، دار الجيل، بيروت، لبنان.

٢٨٣- سراج السالك شرح أسهل المسالك لعثمان بن حسنين الجعلي المالكي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر.

٢٨٤- سلطة رب العمل في تعديل عقد العمل لإبراهيم بن عبد الله الفارس، بحث تكميلي لدرجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء، الرياض، قسم السياسة الشرعية.

٢٨٥- السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي للدكتور محمد عبدالرحمن البكر، الزهراء للإعلام العربي القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٤٠٨هـ.

٢٨٦- سنن ابن ماجة للحافظ محمد بن يزيد القزويني، صححه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر.

٢٨٧- سنن أبي داود للإمام الحافظ سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني تعليق: عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، دار الحديث، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٣٨٨هـ.

٢٨٨- سنن الدارقطني، للإمام علي بن عمر الدار قطني، عالم الكتب، بيروت، لبنان، مكتبة المتنبي، القاهرة، مصر.

٢٨٩- سنن الدارمي للحافظ عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، حققه: فواز أحمد زمرلي وخالد السبع العلمي، دار الريان للتراث، القاهرة، مصر، ودار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط الأولى ١٤٠٧هـ.

٢٩٠- السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، دار المعرفة، بيروت، لبنان ١٤١٣هـ.

٢٩١- سنن النسائي للحافظ أحمد بن شعيب بن علي النسائي مطبوع مع شرح السيوطي وحاشية السندي، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، مصر، ودار الحديث، القاهرة، مصر، ١٤٠٧هـ.

٢٩٢- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لشيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق: بشير محمد عيون، مكتبة المؤيد، الرياض، السعودية، ط الثانية، ١٤١٣هـ.

٢٩٣- سير أعلام النبلاء لشمس الدين محمد الذهبي، تحقيق مجموعة من الباحثين، وأشرف على تحقيق الكتاب وخرج أحاديثه: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط السابعة، ١٤١٠هـ.

٢٩٤- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار لمحمد بن علي الشوكاني، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤٠٥هـ.

٢٩٥- الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية لمحمود عبد الكريم إرشيد، دار النفائس، عمان، الأردن، ط الأولى، ١٤٢١هـ.

٢٩٦- الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي لأحمد علي عبد الله، الدار السودانية للكتب، الخرطوم، السودان.

٢٩٧- شذرات الذهب في أخبار من ذهب لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

٢٩٨- شرح أحكام عقد المقاولة للدكتور محمد لبيب شنب، دار النهضة العربية، ١٩٦٢م.

٢٩٩- شرح البهجة وهو (الغرر البهية شرح البهجة الوردية) للشيخ أبي يحيى زكريا الأنصاري، مطبوع معه حاشية الشربيني، المطبعة الميمنية، مصر.

٣٠٠- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٣٩٣هـ.

٣٠١- شرح جمع الجوامع لجلال الدين محمد بن أحمد المحلي، مطبوع مع حاشية البناني عليه، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر.

٣٠٢- شرح حدود ابن عرفة الموسوم بـ(الهادية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية) لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٩٩٣م.

٣٠٣- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل (الخرشي على خليل) لأبي عبدالله محمد بن عبد الله الخرشي، دار صادر، بيروت، لبنان.

٣٠٤- شرح خاتمة مجامع الحقائق لسليمان القرق أغاجي، مطبعة الحاج محرم أفندي البوسنوي، ١٢٩٩هـ.

٣٠٥- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك لمحمد بن عبد الباقي الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١١هـ.

٣٠٦- شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، تحقيق: الشيخ عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، ط الأولى، ١٤١٠هـ.

٣٠٧- شرح الزيادات لفخر الدين حسن بن منصور بن محمود الأوزجندي الفرغاني المعروف بقاضي خان، تحقيق: قاسم أشرف نور أحمد، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤١٨هـ.

٣٠٨- شرح السنة للإمام الحسين بن مسعود البغوي تحقيق: شعيب الأرناؤوط ومحمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، ط الثانية، ١٤٠٣هـ.

٣٠٩- شرح الحافظ جلال الدين السيوطي على سنن النسائي، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، مصر، ودار الحديث، القاهرة، مصر، ١٤٠٧هـ.

٣١٠- الشرح الصغير لأحمد بن محمد الدردير، مطبوع مع بلغة السالك للصاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٥هـ.

٣١١- شرح صحيح مسلم للإمام يحيى بن شرف النووي، دار الريان، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٤٠٧هـ.

٣١٢- شرح قانون التجارة الجديد للدكتور محي الدين إسماعيل علم الدين. بلا ناشر.

٣١٣- شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ـ للدكتور محمود نجيب حسني، ط الرابعة ١٩٩٧م.

٣١٤- الموجز في شرح القانون المدني ـ أحكام الالتزام ـ لعبد المجيد الحكيم، دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق، ط الثالثة، ١٣٩٧هـ.

٣١٥- شرح قانون الموجبات والعقود لزهدي يكن، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، ط الأولى.

٣١٦- الشرح الكبير لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي مطبوع مع الإنصاف للمرداوي والمقنع لموفق الدين بن قدامة، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، مصر ط الأولى، ١٤١٤هـ.

٣١٧- الشرح الكبير على مختصر خليل للشيخ أحمد بن محمد الدردير، مطبوع مع حاشية الدسوقي عليه، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٣١٨- شرح الكوكب المنير للعلامة محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار، تحقيق د. محمد الزحيلي ود. نزيه حماد، مركز إحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة، ط الثالثة، ١٤٢٣هـ.

٣١٩- شرح المجلة لمحمد خالد الأتاسي، المكتبة الحبيبية، باكستان.

٣٢٠- شرح مختصر ابن الحاجب لأبي الفضل عضد الدين عبد الرحمن بن أحمد الإيجي، مطبعة الفجالة، مصر، ١٣٩٣هـ.

٣٢١- شرح مختصر الروضة لنجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي الطوفي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ط الثانية، ١٤١٩هـ.

٣٢٢- شرح معاني الآثار للإمام أحمد بن محمد الأزدي الطحاوي تحقيق: محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٤٠٧هـ.

٣٢٣- شرح المنار في أصول الفقه لعز الدين عبد اللطيف بن عبد العزيز بن ملك، المطبعة العثمانية، ١٣١٩هـ.

٣٢٤- شرح منتهى الإرادات للعلامة منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، لبنان.

٣٢٥- الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي لعبد المحسن سعد الرويشد رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٤٠٤هـ.

٣٢٦- الشرط الجزائي للدكتور علي أحمد السالوس، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الدورة الثانية عشرة ١٤٢١هـ.

٣٢٧- الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي للدكتور ناجي شفيق عجم، مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة ١٤٢١هـ.

٣٢٨- الشرط الجزائي لمحمود شمام، مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة، ١٤٢١هـ.

٣٢٩- الشرط الجزائي للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، مقدم لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الدورة الثانية عشرة ١٤٢١هـ.

٣٣٠- الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني لفؤاد صالح موسى درادكه، مطابع دار الشعب، ط الأولى، ١٤١٥هـ.

٣٣١- الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، لنجاري عبد الله، رسالة ماجستير من معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ١٩٨٣م.

٣٣٢- الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله للدكتور أسامة الحموي، مطبعة الزرعي، دمشق، سوريا، ط الأولى، ١٤١٨هـ.

٣٣٣- الشرط الجزائي إعداد: اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية، مجلة البحوث الإسلامية، العدد الثاني، ١٣٩٥هـ.

٣٣٤- الشرط الجزائي في الشريعة والقانون للدكتور زكي الدين شعبان، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ١٩٧٧م.

٣٣٥- الشرط الجزائي وتطبيقاته في المحكمة الكبرى وديوان المظالم بمدينة الرياض لعبد الله بن محمد آل سليمان الشهري، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، قسم الفقه المقارن، ١٤١٨هـ.

٣٣٦- الشروط الجعلية في عقد البيع لعبد الله بن حافظ الحكمي، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ١٣٩٧هـ.

٣٣٧- الشروط الجعلية في القرض لأحمد بن صالح العبودي، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤٢٢هـ.

٣٣٨- الشروط في عقد البيع لصالح بن محمد السلطان، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الرياض.

٣٣٩- الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي لمحمد بن إبراهيم الثميري، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية ١٤٠٥هـ.

٣٤٠- شريعة حمورابي لعباس العبودي، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، ١٩٩٠م.

٣٤١- الصحاح ــ تاج اللغة وصحاح العربية ــ لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٣٩٩هـــ.

٣٤٢- صحيح ابن خزيمة للإمام أبي بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة، تحقيق: د. محمد مصطفى الأعظمي، دار الثقة، مكة المكرمة، السعودية، ط الثانية، ١٣٩٥هـــ.

٣٤٣- صحيح الجامع الصغير وزياداته للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٤٠٦هـــ.

٣٤٤- صحيح مسلم للإمام مسلم بن الحجاج القشيري، مطبوع مع شرحه للنووي، دار الريان، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٤٠٧هـــ.

٣٤٥- الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء لمحمود مجيد الكبيسي، إدارة إحياء التراث الإسلامي، الدوحة، قطر.

٣٤٦- صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي للدكتور محمد بن عثمان شبير، ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، عمان الأردن، ط الأولى ١٤١٨هـــ.

٣٤٧- صيغ التمويل بالمرابحة للدكتور سعود محمد الربيعة، مركز المخطوطات والتراث والوثائق، الكويت، ط الأولى، ١٤٢١هـــ.

٣٤٨- صيغ العقود في الفقه الإسلامي لصالح بن عبد العزيز الغليقة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤١٩ــ١٤٢٠هـ.

٣٤٩- الضرر في الفقه الإسلامي للدكتور أحمد موافي، دار ابن عفان، الخبر، السعودية، ط الأولى، ١٤١٨هـ.

٣٥٠- ضمان العدوان في الفقه الإسلامي للدكتور محمد أحمد سراج، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان ط الأولى، ١٤١٤هـ.

٣٥١- الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠م.

٣٥٢- ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي للدكتور سليمان محمد أحمد، مطبعة السعادة، القاهرة، مصر، ط الأولى ١٤٠٥هـ.

٣٥٣- ضوابط العقود للدكتور عبد الحميد محمود البعلي، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٩٨٩م.

٣٥٤- ضوابط العقد في الفقه الإسلامي للدكتور عدنان خالد التركماني، مكتبة دار المطبوعات الحديثة، جدة، السعودية، ط الثانية، ١٤١٣هـ.

٣٥٥- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية، تحقيق سيد عمران دار الحديث، القاهرة، ط الأولى، ١٤٢٣هـ.

٣٥٦- الطلاق في شريعة حمورابي للدكتور محمود سلام زناتي، مقال في مجلة العربي، الكويت، العدد (١٧٣)، صفر ١٣٩٣هـ.

٣٥٧- العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل لبهاء الدين عبد الرحمن ابن إبراهيم المقدسي اعتنى بها: خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٤١٤هـ.

٣٥٨- عقد الإجارة للدكتور عبد الرحمن بن محمد الرسيني، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية العدد (٣٣) محرم ١٤٢٢هـ.

٣٥٩- عقد الإجارة من الباطن لفهد بن سواد المطيري، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤٢٢هـ.

٣٦٠- عقد الإجارة المنتهي بالتمليك لسعد بن ناصر الشثري، دار الحبيب، الرياض، السعودية، ط الأولى، ١٤٢١هـ.

٣٦١- عقد الاستصناع وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية للدكتور محمد بن أحمد الصالح، ط الأولى، ١٤١٧هـ.

٣٦٢- عقد الامتياز ــ دراسة تأصيلية للعقود النفطية ــ للدكتور نذير بن محمد الطيب أوهاب، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، السعودية، العدد (٥٥) ١٤٢٣هـ.

٣٦٣- عقد إيجار الخزائن الحديدية لإبراهيم بن فراج الفراج، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، ١٤٢١-١٤٢٢هـ.

٣٦٤- العقد التجاري الدولي (العقود النفطية) لغسان رباح، دار الفكر اللبناني، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٩٨٨م.

٣٦٥- عقد التوريد للدكتور عبد الوهاب أبو سليمان، بحث مقدم للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ١٤٢١هـ.

٣٦٦- عقد التوريد للدكتور عبد الله بن محمد المطلق، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، العدد (١٠) ١٤١٤هـ.

٣٦٧- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لعبد الله بن نجم، بن شاس، تحقيق: محمد أبو الأجفان، وعبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط الأولى، ١٤١٥هـ.

٣٦٨- العقوبات المالية في الإسلام للشيخ سعود بن محمد البشر، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، ١٤٠٥هـ.

٣٦٩- العقود الإدارية للدكتور محمود عاطف البنا، دار العلوم، الرياض، السعودية، ط الأولى، ١٤٠٥هـ.

٣٧٠- عقود التوريد والمناقصات للدكتور رفيق يونس المصري، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ١٤٢١هـ.

٣٧١- عقود الصيانة للدكتور أحمد الحجي الكردي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، العدد (٣٠)، ١٤١٧هـ.

٣٧٢- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الحادي عشر، الجزء الثاني، ١٤١٩هـ.

٣٧٣- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للشيخ محمد المختار السلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الحادي عشر، الجزء الثاني، ١٤١٩هـ.

٣٧٤- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور محمد أنس الزرقا والدكتور سامي إبراهيم السويلم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الحادي عشر، الجزء الثاني، ١٤١٩هـ.

٣٧٥- العقود المستجدة (ضوابطها، ونماذج منها) للدكتور محمد بن علي القري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد العاشر، الجزء الثاني، ١٤١٨هـ.

٣٧٦- عقد المقاولة في الشريعة والقانون لأحمد عبد الحكيم العناني، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٤٠٩هـ.

٣٧٧- عقد المقاولة لعبد الرحمن بن عايد العايد، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، قسم الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٠هـ.

٣٧٨- العقود وعمليات البنوك للدكتور علي البارودي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

٣٧٩- علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف، الدار الكويتية ط الثامنة، ١٣٨٨هـ.

٣٨٠- علم المقاصد الشرعية للدكتور نور الدين بن مختار الخادمي، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، ط الأولى، ١٤٢١هـ.

٣٨١- العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني لموفق الدين أبو محمد عبد الله بن قدامة، مطبوع مع شرحه العدة، اعتنى بها الشيخ خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٤١٤هـ.

٣٨٢- عمدة القارئ شرح صحيح البخاري للإمام بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط الأولى، ١٣٩٢هـ.

٣٨٣- العناية على الهداية لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام، دار الفكر، بيروت، لبنان، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، السعودية.

٣٨٤- عون المعبود شرح سنن أبي داود لأبي الطيب شمس الحق العظيم آبادي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، ط الثالثة، ١٤٠٧هـ.

٣٨٥- غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى لمرعي بن يوسف، المؤسسة السعيدية، الرياض، السعودية، ط الثانية.

٣٨٦- غاية الوصول شرح لب الأصول لأبي يحيى زكريا الأنصاري، مصطفى البابي الحلبي، ١٣٦٠هـ.

٣٨٧- الغاية والتقريب لأبي شجاع مع شرحه التذهيب للدكتور مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط الثالثة، ١٤٠٧هـ.

٣٨٨- غراس الأساس لابن حجر العسقلاني، تحقيق: د. توفيق محمد شاهين، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر.

٣٨٩- الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، الدار السودانية للكتب، الخرطوم، السودان، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٤١٠هـ.

٣٩٠- غريب الحديث للإمام أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي، تحقيق: عبد الكريم العزباوي، معهد البحوث العلمية، مركز إحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط الثانية، ١٤٢٢هـ.

٣٩١- غريب الحديث لابن قتيبة تحقيق عبد الله الجبوري مطبعة العاني، بغداد ١٣٩٧هـ.

٣٩٢- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لأحمد بن محمد الحنفي الحموي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤٠٥هـ.

٣٩٣- الفائدة والربح وأدوات التمويل الإسلامي لدرويش صديق جستنية، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، ١٤١٦هـ.

٣٩٤- الفائق في غريب الحديث لمحمود بن عمر الزمخشري، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم وعلي البجاوي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط الثانية.

٣٩٥- فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ، جمع وترتيب: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، ط الأولى، ١٣٩٩هـ.

٣٩٦- الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ومصطفى عبد القادر عطا، دار الريان، القاهرة، مصر، ودار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤٠٨هـ.

٣٩٧- الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار إحياء التراث العربي، ط الرابعة، ١٤٠٦هـ.

٣٩٨- فتح الباري بشرح صحيح البخاري للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، حقق أصولها وأجازها: الشيخ عبد العزيز بن باز، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٤هـ.

٣٩٩- فتح الجواد بشرح الإرشاد لأحمد بن حجر الهيتمي، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، ط الثانية، ١٣٩١هـ.

٤٠٠- فتح العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير) لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٤٠١- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك (فتاوى عليش) للشيخ أبي عبد الله محمد بن أحمد عليش، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٤٠٢- فتح القدير على الهداية للشيخ كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي، المكتبة التجارية، مكة، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٤٠٣- فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير لمحمد بن علي الشوكاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٣هـ.

٤٠٤- فتح القريب المجيب لمحمد بن قاسم الغزي الشافعي على التقريب لأحمد بن الحسين الشهير بأبي شجاع، شركة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٧١هـ.

٤٠٥- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب للشيخ أبي يحيى زكريا الأنصاري، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٦٧هـ.

٤٠٦- الفتوحات الإلهية بتوضيح تفسير الجلالين للدقائق الخفية لسليمان بن عمر العجيلي الشافعي الشهير بالجمل، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر.

٤٠٧- الفروع لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح بن محمد المقدسي الحنبلي، راجعه: عبد الستار أحمد فراج، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط الرابعة، ١٤٠٥هـ.

٤٠٨- الفروق للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المشهور بالقرافي، عالم الكتب، بيروت، لبنان.

٤٠٩- فصول البدايع في أصول الشرايع لشمس الدين محمد بن حمزة الفناري، مطبعة الشيخ يحيى أفندي، ١٢٨٩هـ.

٤١٠- الفعل الضار والضمان فيه للشيخ مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، دارة العلوم، بيروت، ط الأولى، ١٤٠٩هـ.

٤١١- الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط الثالثة، ١٤٠٩هـ.

٤١٢- الفقه الإسلامي المقارن للدكتور فتحي الدريني، جامعة دمشق، سوريا، ط الخامسة.

٤١٣- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت للعلامة عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، طبع مع المستصفى للغزالي، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ١٣٢٢هـ.

٤١٤- في أصول النظام الجنائي الإسلامي للدكتور محمد سليم العوا، دار المعارف، القاهرة، مصر، ١٩٧٩هـ.

٤١٥- القاموس الاقتصادي للدكتور محمد بشير علية، راجعه: د. أسعد رزوق، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٩٨٥م.

٤١٦- القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً لسعدي أبو جيب، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط الثانية، ١٤٠٨هـ.

٤١٧- القاموس المحيط للفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٤١٣هـ.

٤١٨- القانون الإداري للدكتور ماجد راغب الحلو، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ١٩٧٨م.

٤١٩- القانون التجاري للدكتور رضا عبيد، ط الخامسة ١٩٨٤م.

٤٢٠- القانون المدني ــ الكويتي ــ مجموعة الأعمال التحضيرية، جمع وترتيب: أحمد صفاء الدين العطيفي، مجلس الوزراء الكويتي، إدارة الفتوى والتشريع.

٤٢١- القبس في شرح موطأ الإمام مالك بن أنس، لأبي بكر ابن العربي المعافري، تحقيق: د. محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٩٩٢م.

٤٢٢- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السادسة عشرة، ١٣٩٨هـ ـ ١٤٢٢هـ.

٤٢٣- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، السعودية، للدورات من ١ إلى ١٠ ، دار القلم، دمشق، سوريا، ط الثانية، ١٤١٨هـ.

٤٢٤- قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد للدكتور نزيه حماد، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط الأولى ١٤٢١هـ.

٤٢٥- قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، ضبطه وصححه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى، ١٤٢٠هـ.

٤٢٦- قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للدكتور محمد الروكي، دار القلم، دمشق، سوريا، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، السعودية، ط الأولى، ١٤١٩هـ.

٤٢٧- القواعد في الفقه الإسلامي للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، راجعه وقدم له وعلق عليه: طه عبد الرءوف سعد، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، ط الثانية، ١٤٠٨هـ.

٤٢٨- القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة للشيخ عبدالرحمن ابن ناصر السعدي، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، ١٤٠٦هـ.

٤٢٩- القواعد لأبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن المعروف بتقي الدين الحصني، تحقيق: د. جبريل البصيلي، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط الأولى، ١٤١٨هـ.

٤٣٠- القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في المعاملات المالية لإبراهيم علي أحمد الشال، دار النفائس، عمان، الأردن، ط الأولى، ١٤٢٢هـ.

٤٣١- القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية للشيخ أبي الحسن علاء الدين علي بن عباس البعلي الحنبلي المعروف بابن اللحام، تحقيق: الشيخ محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى.

٤٣٢- القوانين الفقهية للإمام أبي عبد الله محمد بن جزي الكلبي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٤٠٩هـ.

٤٣٣- القول الواضح في بيان الجوائح لأبي زكريا يحيى محمد الحطاب تحقيق: د. عبد السلام محمد الشريف العالم، لجنة إحياء التراث، كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس الغرب، ليبيا، ط الأولى، ١٩٩٦م.

٤٣٤- الكامل في شرح القانون المدني لموريس نخلة، مؤسسة الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠١م.

٤٣٥- الكامل في ضعفاء الرجال لابن عدي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤٠٤هـ.

٤٣٦- الكافي لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٤١٧هـ.

٤٣٧- الكافي في فقه أهل المدينة للشيخ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، ط الثالثة، ١٤٠٦هـ.

٤٣٨- الكتاب لأبي بشر عمرو بن عثمان بن قنبر المعروف بسيبويه، تحقيق: عبدالسلام هارون، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، مصر.

٤٣٩- الكتاب للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد القدوري الحنفي، مطبوع مع شرحه اللباب، حققه: محمود أمين النواوي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان،.

٤٤٠- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٣٩٤هـ.

٤٤١- كشف الأسرار شرح المنار للشيخ حافظ الدين أبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ط الأولى، ١٣١٧هـ.

٤٤٢- كشف الحقائق شرح كنز الدقائق للشيخ عبد الحكيم الأفغاني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي باكستان، ١٤٠٧هـ.

٤٤٣- كشاف اصطلاحات الفنون لمحمد علي بن علي التهانوي، شركة خياط للكتب والنشر، بيروت، لبنان.

٤٤٤- كشاف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور البهوتي، عالم الكتب، بيروت، لبنان.

٤٤٥- الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور علي أحمد السالوس، مكتبة الفلاح الكويت، دار الاعتصام، القاهرة، مصر، ط الثانية، ١٤٠٧هـ.

٤٤٦- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار لتقي الدين الحسيني الحصني الشافعي، دار المعرفة، بيروت لبنان.

٤٤٧- الكفاية على الهداية لجلال الدين الخوارزمي الكرلاني، مطبوع مع فتح القدير، دار إحياء التراث العربي.

٤٤٨- الكلام الجامع على الحكم والشرط والسبب والمانع للشيخ عبد الله بن محمد آل عبد اللطيف، تحقيق: د. علي بن سعد الضويحي، دار الذخائر، الدمام، السعودية، ط الأولى، ١٤١٤هـ.

٤٤٩- الكليات (معجم في المصطلحات والفروق اللغوية) لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسني الكفوي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٢هـ.

٤٥٠- اللباب في شرح الكتاب للشيخ عبد الغني الغنيمي الميداني الحنفي، حققه: محمود أمين النواوي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

٤٥١- لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٠هـ.

٤٥٢- مباحث الأحكام للدكتور دياب عبد الجواد عطا، دار المنار، القاهرة، مصر.

٤٥٣- مباحث الحكم عند الأصوليين لمحمد سلام مدكور، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط الثانية، ١٣٨٤هـ.

٤٥٤- مباحث الشرط عند الأصوليين لصبحي محمد جميل، مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، العدد الرابع، ١٤١٩هـ.

٤٥٥- مبادئ القانون الإداري، زين العابدين بركات، جامعة دمشق، مطبعة الإسكان العسكرية، ١٩٨٦-١٩٨٧م.

٤٥٦- مبادئ القانون لشمس الدين الوكيل، دار المعارف ط الأولى، ١٩٦٨م.

٤٥٧- مبادئ القانون للدكتور محمد شنب، دار النهضة العربية ١٩٧٠م.

٤٥٨- مبدأ الرضا في العقود للدكتور علي محيي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٤٢٣هـ.

٤٥٩- المبدع في شرح المقنع لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، ١٩٨٠م.

٤٦٠- المبسوط لشمس الدين السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٤هـ.

٤٦١- مجلة الأحكام العدلية للجنة من علماء وفقهاء الدولة العثمانية، مطبوعة مع شرحها درر الحكام لعلي حيدر تعريب فهمي الحسيني، مكتبة النهضة، بغداد، بيروت.

٤٦٢- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد لأحمد بن عبد الله القاري، تحقيق: د. عبد الوهاب أبو سليمان ومحمد علي، دار تهامة، جدة، السعودية، ط الأولى، ١٤٠١هـ.

٤٦٣- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لعبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف (بداماد أفندي) و(شيخ زاده) دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

٤٦٤- مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان للعلامة أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤٠٧هـ.

٤٦٥- مجمل اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس، تحقيق: الشيخ هادي حسن حمودي، معهد المخطوطات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، الكويت، ط الأولى، ١٤٠٥هـ.

٤٦٦- المجموع شرح المهذب لأبي زكريا محيي الدين النووي، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية.

٤٦٧- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وساعده ابنه محمد، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ.

٤٦٨- المجموعة الكاملة للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، مركز صالح بن صالح الثقافي عنيزة، السعودية، ١٤١١هـ.

٤٦٩- مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا في ديوان المظالم، المملكة العربية السعودية، ١٤٠١هـ.

٤٧٠- المحصول في علم أصول الفقه للإمام فخر الدين محمد بن عمر الرازي، تحقيق: د. طه جابر فياض العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض السعودية، ط الأولى، ١٣٩٩هـ.

٤٧١- المحكم والمحيط الأعظم في اللغة لعلي بن إسماعيل بن سيده، تحقيق: عبد الستار أحمد، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٣٧٧هـ.

٤٧٢- المحلى بالآثار لأبي محمد علي بن حزم، تحقيق: د. عبد الغفار البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

٤٧٣- محيط المحيط لبطرس البستاني، مكتبة لبنان، بيروت، ١٨٧٠م.

٤٧٤- المختار لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، مطبوع مع شرحه الاختيار، تعليق: محمود أبو دقيقة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط الثالثة، ١٣٩٥هـ.

٤٧٥- مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي، دراسة: د. عبد الفتاح البركاوي، المكتبة التجارية، مكة المكرمة.

٤٧٦- مختصر المنتهى الأصولي لجمال الدين أبي عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر المعروف بابن الحاجب المالكي، مطبوع مع شرحه للعضد، مطبعة الفجالة، مصر، ١٣٩٣هـ.

٤٧٧- مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذري عبد العظيم بن عبد القوي، مطبوع مع معالم السنن وتهذيب السنن، تحقيق: أحمد محمد شاكر ومحمد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية ومكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر.

٤٧٨- مختصر العلامة خليل للشيخ خليل بن إسحاق المالكي مطبوع مع جواهر الإكليل للأزهري، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، وشركاه، مصر، ١٣٣٢هـ.

٤٧٩- مختصر فتاوى ابن تيمية لبدر الدين أبي عبد الله محمد بن علي البعلي، أشرف على تصحيحه: الشيخ عبد المجيد سليم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٤٨٠- المخصص لأبي الحسن علي بن إسماعيل الأندلسي المعروف بابن سيده، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٤٨١- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل لعبد القادر بن بدران الدمشقي، علق عليه وصححه: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط الثالثة، ١٤٠٥هـ.

٤٨٢- المدخل إلى السياسة الشرعية لعبد العال أحمد عطوة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، ط الأولى، ١٤١٤هـ.

٤٨٣- المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي لمصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، ط الأولى، ١٤٢٠هـ.

٤٨٤- المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، ط الأولى، ١٤١٨هـ.

٤٨٥- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه لمحمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.

٤٨٦- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط السادسة عشرة، ١٤٢١هـ.

٤٨٧- المدخل للفقه الإسلامي للدكتور محمد سلام مدكور، دار النهضة العربية، مصر، ط الثانية، ١٩٦٣م.

٤٨٨- المدخل للفقه الإسلامي للدكتور عبد الله الدرعان، مكتبة التوبة، الرياض، السعودية، ط الأولى، ١٤١٣هـ.

٤٨٩- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس، رواية الإمام سحنون بن سعيد عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٣٩٨هـ.

٤٩٠- مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر للشيخ محمد الأمين الشنقيطي، دار القلم، بيروت، لبنان.

٤٩١- مذكرات في النقود والبنوك لإسماعيل محمد هاشم، دار الجامعات المصرية، القاهرة، مصر، ١٩٧٥م.

٤٩٢- المذهب الأحمد في مذهب الإمام أحمد ليوسف بن عبد الرحمن بن علي الشهير بابن الجوزي، مطبعة الكيلاني، القاهرة، مصر.

٤٩٣- مرآة الوصول لشرح مرقاة الوصول لمحمد بن فراموز بن علي الشهير بمنلاخسرو، مطبوع معه حاشية الأزميري عليه، دار الطباعة العامرة، ١٣٠٩هـ.

٤٩٤- مراتب الإجماع لأبي محمد علي بن حزم، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ط الثالثة، ١٤٠٦هـ.

٤٩٥- المرابحة للآمر بالشراء للدكتور بكر أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي العدد الخامس الجزء الثاني، ١٤٠٩هـ.

٤٩٦- المستصفى من علم الأصول للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، مطبوع معه فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت لعبد العلي محمد بن نظام الدين، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر ١٣٢٢هـ.

٤٩٧- المستدرك على الصحيحين لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١١هـ.

٤٩٨- مسلم الثبوت للإمام محب الله بن عبد الشكور مطبوع مع شرحه فواتح الرحموت بذيل المستصفى، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ١٣٢٢هـ.

٤٩٩- المسند للإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان.

٥٠٠- مسند البزار (البحر الزخار) للحافظ أبي بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق العتكي البزار، تحقيق: د. محفوظ الرحمن زين الله، مؤسسة علوم القرآن، بيروت، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط الأولى، ١٤٠٩هـ.

٥٠١- المسودة في أصول الفقه لآل تيمية مجد الدين أبي البركات عبد السلام بن تيمية وشهاب الدين أبي المحاسن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية وشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، بيروت.

٥٠٢- المسؤولية والجزاء في القرآن الكريم للدكتور محمد إبراهيم الشافعي، مطبعة السنة المحمدية، ط الأولى، ١٤٠٢هـ.

٥٠٣- المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية، للشيخ محمود شلتوت، مكتب شيخ الجامع الأزهر للشؤون العامة، القاهرة، مصر.

٥٠٤- مشكلات الاقتصاد الإسلامي في ضوء الشريعة الإسلامية، للدكتور عبدالحليم عويس، الشركة السعودية للأبحاث والتسويق.

٥٠٥- مشكلات المسئولية المدنية لمحمود جمال الدين زكي، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٨٧م.

٥٠٦- مشكل الآثار للحافظ أبي جعفر الطحاوي، دار صادر، بيروت، مصور عن طبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، حيدرآباد، الهند، ١٣٣٣هـ.

٥٠٧- مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، للدكتور علي محي الدين القره داغي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، السعودية، الدورة الرابعة عشرة، ١٤٢٣هـ.

٥٠٨- مصادر الالتزام للدكتور عبد المنعم فرج الصدة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

٥٠٩- مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، السعودية، ط الثالثة، ١٩٦٧م.

٥١٠- مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، للدكتور أنور سلطان، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ط الأولى ١٩٨٧م.

٥١١- مصادر التشريع الإسلامي ومناهج الاستنباط للدكتور محمد أديب صالح، المطبعة التعاونية، ١٣٨٧هـ.

٥١٢- مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجة للشهاب أحمد بن أبي بكر البوصيري، تحقيق: موسى محمد علي ود. عزت علي عطية، دار الكتب الحديثة، القاهرة، مصر.

٥١٣- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد بن محمد الفيومي المقري، مكتبة لبنان، بيروت ١٩٨٧م.

٥١٤- المصباح المنير في تهذيب تفسير ابن كثير لجماعة من العلماء بإشراف الشيخ صفي الرحمن المباركفوري، دار السلام للنشر والتوزيع، جهاز الإرشاد والتوجيه بالحرس الوطني، السعودية، ط الثانية، ١٤٢٣هـ.

٥١٥- المصنف للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، منشورات المجلس العلمي، الهند.

٥١٦- المصنف في الأحاديث والآثار للحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة تحقيق: سعيد محمد اللحام، دار الفكر، بيروت، لبنان ط الأولى، ١٤٠٩هـ

٥١٧- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للعلامة مصطفى السيوطي الرحيباني، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٣٨١هـ.

٥١٨- المطلع على أبواب المقنع لشمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، ١٤٠١هـ.

٥١٩- مطل الغني ظلم يحل عقوبته وعرضه للشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد (١٢) ١٤١٢هـ.

٥٢٠- المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، دار الأنصار، القاهرة، مصر.

٥٢١- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عثمان شبير، دار النفائس، عمان، الأردن، ط الثالثة، ١٤١٩هـ.

٥٢٢- معالم السنن لحمد بن محمد الخطابي، مطبوع مع سنن أبي داود، تعليق: عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، دار الحديث، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٣٨٨هـ.

٥٢٣- المعتصر من المختصر من مشكل الآثار لأبي المحاسن الحنفي، حيدر آباد، الدكن، الهند، ١٣٦٣هـ.

٥٢٤- المعجم الأوسط لأبي القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد وعبد المحسن الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، مصر، ١٤١٥هـ.

٥٢٥- المعجم الكبير للإمام أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، ط الأولى، ١٤٠٠هـ.

٥٢٦- معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، لجرجس جرجس، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٩٩٦م.

٥٢٧- معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ.

٥٢٨- معجم متن اللغة للعلامة أحمد رضا، دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، ١٣٧٨هـ.

٥٢٩- المعجم الوسيط إخراج د. إبراهيم أنيس ود. عبد الحليم منتصر وعطية الصوالحي ومحمد أحمد، مجمع اللغة العربية، مصر، مطابع دار المعارف، القاهرة، مصر، ط الثانية، ١٣٩٣هـ.

٥٣٠- معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء للدكتور نزيه حماد، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، السعودية، ط الثالثة، ١٤١٥هـ.

٥٣١- المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس للقاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق: د. حميش عبد الحق، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، الرياض السعودية، ط الأولى، ١٤١٥هـ.

٥٣٢- المعيار المعرب والجامع المغرب في فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب لأحمد بن يحيى الونشريسي، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف: د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٠١هـ.

٥٣٣- المغني في أصول الفقه لجلال الدين أبي محمد عمر بن محمد الخبازي، تحقيق: د. محمد مظهر بقا، مركز إحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط الثانية، ١٤٢٢هـ.

٥٣٤- المغني لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، تحقيق: د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ط الثانية، ١٤١٢هـ.

٥٣٥- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٥٣٦- مفتاح العلوم لأبي يعقوب يوسف بن أبي بكر بن محمد بن علي السكاكي، تحقيق: أكرم عثمان يوسف، جامعة بغداد، العراق، مطبعة دار الرسالة، بغداد، العراق، ط الأولى، ١٤٠٠هـ.

٥٣٧- المفردات في غريب القرآن لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، تحقيق: صفوان داوودي، دار العلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٢هـ.

٥٣٨- المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي لسيد عبد الله علي حسين، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، ط الأولى، ١٣٦٦هـ.

٥٣٩- المقارنات والمقابلات بين أحكام المرافعات والمعاملات والحدود لمحمد حافظ صبري، المطبعة الهندية، مصر، ط الأولى، ١٣٢٠هـ.

٥٤٠- المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة للشيخ شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤٠٧هـ.

٥٤١- مقدمة في علم الاقتصاد للدكتور صبحي تادرس قريصة والدكتور مدحت محمد العقاد، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٨٣م.

٥٤٢- المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي خرج أحاديثه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤٢٣هـ.

٥٤٣- المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل لموفق الدين عبد الله بن قدامة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٥٤٤- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للدكتور أحمد فراج حسين، شركة الطباعة الفنية المتحدة، مصر، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، ط الأولى.

٥٤٥- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية لمحمد أبي زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٤١٦هـ.

٥٤٦- المنار للشيخ أبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بالحافظ النسفي مطبوع مع شرحه لابن ملك، المطبعة العثمانية ١٣١٩هـ.

٥٤٧- منار السبيل في شرح الدليل للشيخ إبراهيم بن محمد بن ضويان، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، ط الرابعة، ١٣٩٩هـ.

٥٤٨- مناقصات العقود الإدارية للدكتور رفيق يونس المصري، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ط الأولى، ١٤٢٠هـ.

٥٤٩- منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار لأبي البركات مجد الدين عبد السلام ابن تيمية، مطبوع مع شرحه نيل الأوطار، علق عليه: عصام الدين الصبابطي، دار زمزم، الرياض، السعودية، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٤١٣هـ.

٥٥٠- المنتقى شرح الموطأ للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، مطبعة السعادة، مصر، ط الأولى ١٣٣٢هـ.

٥٥١- المنتقى من السنن المسندة عن رسول الله ﷺ للحافظ عبد الله بن علي بن الجارود، تحقيق: عبد الله هاشم اليماني المدني، الناشر: حديث آكادمي، باكستان، مطابع الأشرف، لاهور، باكستان، ط الأولى، ١٤٠٣هـ.

٥٥٢- منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح والزيادات لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار، مطبوع مع حاشية المنتهى، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٩هـ.

٥٥٣- منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل لأبي عمرو عثمان بن عمر بن الحاجب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى ١٤٠٥هـ.

٥٥٤- المنثور في القواعد لبدر الدين محمد بن بهادر الشافعي الزركشي، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، شركة دار الكويت للصحافة، ط الثالثة، ١٤٠٥هـ.

٥٥٥- منح الجليل على مختصر العلامة خليل (عليش على خليل) للشيخ محمد بن أحمد عليش، المطبعة الكبرى العامرة، مصر.

٥٥٦- منحة الخالق على البحر الرائق لمحمد أمين المعروف بابن عابدين، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط الثانية.

٥٥٧- المنفعة في القرض لعبد الله بن محمد العمراني، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، السعودية، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، ط الأولى، ١٤٢٤هـ.

٥٥٨- المنفعة والانتفاع في الفقه الإسلامي، لعبد الله بن علي بن علي بن محمد، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢١هـ.

٥٥٩- منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي عبد الله بن عمر البيضاوي الشافعي، مطبوع مع شرحه الإبهاج للسبكي، تحقيق: د. شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٤٠١هـ.

٥٦٠- مناهج العقول في شرح منهاج الوصول لمحمد بن حسن البدخشي، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر.

٥٦١- منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي مطبوع مع شرحه مغني المحتاج للشربيني، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٥٦٢- المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز أبادي الشيرازي، مطبوع مع شرحه المجموع للنووي تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية.

٥٦٣- موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان للحافظ نور الدين علي الهيثمي، حققه: محمد عبد الرزاق حمزة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٥٦٤- الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي، مطبوع مع شرح عبد الله دراز، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية.

٥٦٥- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب، مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا.

٥٦٦- مواهب الجليل من أدلة خليل لأحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي، عني به: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، ١٤٠٣هـ.

٥٦٧- الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية لسليمان بن عبد اللطيف الشايقي، ط الأولى، ١٤١٧-١٤١٨هـ.

٥٦٨- موسوعة العقود الإدارية الدولية (العقود الإدارية في التطبيق العملي) لحمدي ياسين عكاشة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

٥٦٩- الموسوعة الحديثية (مسند الإمام أحمد بن حنبل) تحقيق: جمع من الباحثين، بإشراف د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، وزارة الشؤون الإسلامية، والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٤٢٠هـ.

٥٧٠- موسوعة العقود المدنية والتجارية للدكتور إلياس ناصيف، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٩٩٤م.

٥٧١- موسوعة القضاء في المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية لعبد المعين لطفي جمعة، عالم الكتب، القاهرة، مصر، ١٩٧٩م.

٥٧٢- الموسوعة الفقهية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت.

٥٧٣- موسوعة المصطلحات الاقتصادية للدكتور حسين عمر، دار الشروق، جدة، السعودية، ط الثالثة، ١٣٩٩هـ.

٥٧٤- موسوعة المصطلحات الاقتصادية والإحصائية للدكتور عبد العزيز فهمي هيكل، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان ١٤٠٦هـ.

٥٧٥- الموطأ للإمام مالك بن أنس مع شرح الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١١هـ.

٥٧٦- المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء للدكتور نزيه حماد، ضمن دراسات في أصول المداينات، مكتبة الصديق، الطائف، ط الأولى، ١٤١١هـ.

٥٧٧- نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده، وهو تكملة فتح القدير لابن الهمام، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٥٧٨- نصب الراية لأحاديث الهداية لجمال الدين أبي محمد عبد الله الزيلعي، دار الحديث، القاهرة، مصر.

٥٧٩- النظام الإداري السعودي للدكتور جعفر عبد السلام، المطبعة السلفية، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٣٩٧هـ.

٥٨٠- نظام تأمين مشتريات الحكومة، وزارة المالية والاقتصاد الوطني، المملكة العربية السعودية، ط الثالثة، ١٤٠٥هـ.

٥٨١- نظام العمل والعمال السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم: م/٢١ وتاريخ ١٣٨٩/٩/٦هـ، بناء على قرار مجلس الوزراء رقم: ٧٤٥ وتاريخ ٢٣-١٣٨٩/٨/٢٤ المنشور بجريدة أم القرى عدد: (٢٢٩٩) وتاريخ ١٣٨٩/٩/١٩هـ.

٥٨٢- نظرية الالتزام في القانون المدني لأحمد حشمت أبو ستيت، مطبعة مصر، القاهرة، ط الثانية.

٥٨٣- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي للدكتور فتحي الدريني مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط الرابعة، ١٤٠٨هـ.

٥٨٤- نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون لعبد الحميد محمود البعلي، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، ١٣٩٧هـ.

٥٨٥- نظرية الربا المحرم في الشريعة الإسلامية للدكتور إبراهيم زكي الدين بدوي، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية.

٥٨٦- نظرية الشرط في الفقه الإسلامي للدكتور حسن علي الشاذلي، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، مصر.

٥٨٧- نظرية الشروط المقترنة بالعقد لزكي الدين شعبان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٩٦٨هـ.

٥٨٨- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام للدكتور محمد فوزي فيض الله، مكتبة دار التراث، الكويت، ط الأولى، ١٤٠٣هـ.

٥٨٩- نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سوريا ط الأولى، ١٣٨٩هـ.

٥٩٠- نظرية الضمان الشخصي (الكفالة) للدكتور محمد بن إبراهيم الموسى، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية.

٥٩١- نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون لفاضل شاكر النعيمي، رسالة ماجستير، نشرتها جامعة بغداد، العراق، ١٩٦٩م.

٥٩٢- النظرية العامة للالتزام للدكتور توفيق حسن فرج، ١٩٨٥م.

٥٩٣- النظرية العامة للالتزام للدكتور أنور سلطان، دار المعارف مصر.

٥٩٤- النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي، مطبعة نهضة مصر بالفجالة، القاهرة، مصر.

٥٩٥- النظرية العامة للالتزامات للدكتور عبد المنعم البدراوي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

٥٩٦- النظرية العامة للالتزامات للدكتور حسن علي الذنون، الجامعة المستنصرية، بغداد، العراق، ١٩٧٦م.

٥٩٧- النظرية العامة للالتزام للدكتور جميل الشرقاوي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٧٥م.

٥٩٨- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني لمنذر فضل، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

٥٩٩- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية للدكتور صبحي محمصاني، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان.

٦٠٠- نظرية العقد للدكتور عبد الرزاق السنهوري، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٦٠١- النظريات الفقهية للدكتور فتحي الدريني، جامعة دمشق، سوريا، ط الثانية، ١٩٨٩م.

٦٠٢- نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول لجمال الدين عبدالرحيم بن الحسن الإسنوي الشافعي، عالم الكتب.

٦٠٣- النهاية في غريب الحديث والأثر لمجد الدين المبارك بن محمد المعروف بابن الأثير، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود الصناجي، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٦٠٤- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للشيخ محمد بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، مطبوع معه حاشية الشبراملسي وحاشية المغربي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٨٦هـ.

٦٠٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار لمحمد بن علي الشوكاني، علق عليه: عصام الدين الصبابطي، دار زمزم، الرياض، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط الأولى، ١٤١٣هـ.

٦٠٦- هداية الراغب لشرح عمدة الطالب لعثمان بن أحمد النجدي، تحقيق: حسنين محمد مخلوف، دار البشر، جدة، السعودية، ط الثانية، ١٤١٠هـ.

٦٠٧- الهداية للإمام أبي الخطاب محفوظ بن أحمد الكلوذاني، تحقيق: الشيخ إسماعيل الأنصاري والشيخ صالح العمري، مطابع القصيم، ط الأولى، ١٣٩١هـ.

٦٠٨- الهداية شرح بداية المبتدئ لبرهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني مطبوع مع فتح القدير، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٦٠٩- الهداية في تخريج أحاديث البداية (بداية المجتهد) لأبي الفيض محمد الصديق الغماري الحسيني، تحقيق: محمد سليم إبراهيم سمارة، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤٠٧هـ.

٦١٠- هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن للشيخ مصطفى بن أحمد الزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، السعودية، العدد الثاني، المجلد الثاني، ١٤٠٥هـ.

٦١١- الواضح في أصول الفقه لأبي الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤٢٠هـ.

٦١٢- الوافي للشيخ عبد الله البستاني، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، ١٩٨٠م.

٦١٣- الوافي في شرح القانون المدني للدكتور سليمان مرقس، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، مكتبة صادر، بيروت، لبنان، ط الثانية، ١٩٩٢م.

٦١٤- الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٦١٥- الوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان، مؤسسة قرطبة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٩٨٧م.

٦١٦- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات للدكتور محمود جمال الدين زكي، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٧٨م.

٦١٧- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للدكتور محمد صدقي بن أحمد البورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط الخامسة، ١٤١٩هـ.

٦١٨- الوجيز في القانون التجاري للدكتور سمير عالية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط الأولى، ١٤٠٦هـ.

٦١٩- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد لعبد الرزاق أحمد السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٦٤م.

٦٢٠- الوسيط في القانون المدني لأنور طلبة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٨٧م.

٦٢١- الوصول إلى الأصول لأحمد بن علي بن برهان البغدادي، تحقيق: د. عبد الحميد علي أبو زنيد، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٣هـ.

٣- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، تحقيق: د. إحسان عباس، دار إحياء التراث العربي، دار صادر، بيروت، لبنان.

فهرس الموضوعات